Vergleich der gemeinrechtlichen

exceptio rei venditae et traditae

mit § 185 Abs. 2 BGB.

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät der Landes-Universität zu Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

ACAD.
LAND.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Franz Wiethoff

Referendar am Amtsgericht Opladen.

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1903

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552724_0068

Inhaltsübersicht.

A. Einleitung: Worin besteht die Aufgabe.
B. Vergleich der Wirkungen der excpt. r. v. e. tr. mit § 185/2 BGB.
I. Anwendungsgebiet.
1. Der excpt. r. v. e. tr.
a) Ihre Entstehung.
b) Anwendungsfälle.
α) In den Quellen ausdrücklich angeführte.
β) Andere.
2. Thatbestand des § 185 BGB.
a) Seine Entstehung.
b) Die Fälle seines zweiten Absatzes.
1. Voraussetzungen.
α) Es muss sich handeln um eine
α1) „Versicherung", die ein
β1) „Nichtberechtigter" über einen
γ1) „Gegenstand" trifft.
β) Der Paragraph darf nicht durch speziellere Bestimmungen des BGB. ausgeschlossen sein. Solche Bestimmungen sind:
α1) Diejenigen bezgl. des Satzes „Hand wahre Hand".

β_1) Diejenigen über die Wirkungen des „öffentlichen Glaubens des Grundbuches."

2. Die Fälle des § 185/2 im einzelnen:

α) Genehmigung.

β) Erwerb.

γ) Erbgang.

3. Welche Fälle der excpt. r. v. e. tr. fallen unter § 185/2; welche scheiden aus?

II. Die Rechtswirkungen.

1. Der excpt. r. v. e. tr.

a) War der durch die excpt. r. v. e. tr. Geschützte bonitarischer Eigentümer?

b) Wenn nicht, welche Stellung hatte er?

c) Die excpt. r. v. e. tr. im Gemeinen Recht.

2. Des § 185/2 BGB.

a) Welches wird die Stellung des Erwerbers?

b) Es sind mehrere Verfügungen getroffen; welche wird wirksam?

1. Bei Genehmigung.

2. Bei Erwerb und Beerbung.

c. Wird die Verfügung wirksam ex tunc oder ex nunc?

1. Bei Genehmigung.

2. Bei Erwerb und Beerbung.

C. Schluss.

A. Einleitung.

Das Thema.

Unsere Aufgabe besteht darin, die Stellung desjenigen zu betrachten, der durch die exceptio rei venditae et traditae geschützt wird, und sie zu vergleichen mit der Stellung dessen, der Rechte aus § 185/2 in Anspruch nimmt.

Zu dem Zwecke wird es erforderlich sein, die Voraussetzungen für das Wirksamwerden der excpt. r. v. e. tr. und des § 185 ganz allgemein festzustellen, indem wir zunächst ganz unabhängig von einander alle Fälle betrachten, welche unter die Herrschaft der excpt. r. v. e. tr. einer- und des § 185/2 anderseits fallen.

Diese Aufgabe wird den ersten Teil der Arbeit bilden. Im zweiten Teile, der Feststellung und dem Vergleich der Wirkungen, werden uns dann nur noch diejenigen Thatbestände beschäftigen, welche sowohl im Wirkungskreise der excpt. r. v. e. tr. vorkommen, als auch im § 185/2 vorgesehen sind.

Aus geschichtlichen Gründen und deshalb weil die excpt. r. v. e. tr. trotzdem sie, wie sich zeigen

wird, mehr Fälle umfasst als § 185/2, doch andererseits viel weniger weitgehende Wirkungen hat als der gemeinte Paragraph, beginnen wir mit der excpt r. v e. tr. um daran anknüpfend unseren Paragraph zu betrachten und dann beide zu vergleichen.

B. Vergleich der Wirkungen der excpt. r. v. e. tr. mit denen des § 1852 BGB.

I. Anwendungsgebiet.

1. Der excpt. r. v. e. tr.

a) Ihre Entstehung.

Bei der Wichtigkeit, welche die Eigentumsverhältnisse an Grund und Boden und an dem was zu seiner Bearbeitung dient, für eine rein bäuerliche Bevölkerung, wie es die römische ursprünglich war, haben, ist es erklärlich, warum der Eigentumsübergang an den genannten Gegenständen durch eine „feierliche, den Willen unverkennbar kundgebenden Handlung[1]“ vollzogen wurde

Aber die alten Formen liessen sich doch all gemein nur anwenden, solange der Staat Rom mit der Stadt und ihrem Gebiet identisch war, solange Handel und Verkehr sich noch fast ganz auf das römische Cemeinwesen selbst beschränkte. Mit dem Wachsen des Staates wurden sie immer lästiger, ja hre Beobachtung geradezu unmöglich. Man denke

1) Krüger, Kritische Versuche S. 1. Siehe: Jhering, Gescht. d. Rön. Rechts II. 1. S. 16.

sich den kleinen römischen Marktplatz, auf dem täglich tausende Geschäfte geschlossen wurden und stelle sich vor, dass z. B. bei jeder einzelnen durch mancipatio vorgenommene Eigentumsübertragung 8, oder in älterer Zeit — den antestatus mitgerechnet — gar 9 Personen notwendig gewesen wären[2]. Man hätte überhäupt keinen Platz gehabt. So kam man bald dazu, mit den alten Formen brechend und in Anlehnung an den Geschäftsverkehr mit Nichtrömern, dessen Formen auf Veräusserungen auch von res mancipi anzuwenden. Die formlose Tradition wurde für alle Verkäufe üblich[3]. Der Schritt bedeutete eine Befreiung des Verkehrslebens, war andererseits unter Umständen auch sehr gefährlich, und in unserem modernsten deutschen Rechte haben wir ihn bekanntlich nicht gethan

Also dem Verkehr wurde Rechnung getragen oder vielmehr er trug sich selbst Rechnung, denn das Gesetz sanktionirte die Neuerung nicht. Nach wie vor galt der Satz, dass das Eigentum an einer res mancipi wenigstens, nur durch mancipatio und in jure cessio übertragen werden konnte. Wählte man trotzdem die traditio, so mochte man die Folgen tragen. Der Veräusserer blieb nach wie vor dominus ex jure Quiritum. Die einzige Möglichkeit für den Erwerber quiritisches Eigentum an der bloss tradierten Sache zu erwerben, bot das Institut des Ersitzung. Veräusserte der quiritische Eigentümer die Sache vor vollendeter Ersitzung durch den Er-

2) Vgl. Karlowa. Röm. Rechtsgesch. I. S. 778 fgd.
3) Vgl. Dernburg, Pand. I S. 455.

werber zum zweiten Male oder vindicierte er sie, so war er in seinem Recht, im Rechte nach den Buchstaben des Gesetzes[4]; dem allgemeinen Billigkeitsgefühl war natürlich eine derartige Handlungsweise zuwider und im Interesse der Rechtssicherheit geradezu unmöglich. Da griff der Prätor ein. Neue, das alte Civilrecht abschaffende Gesetze konnte er nicht erlassen, aber er hatte die Mittel, veraltete Zustände und Verhältnisse ungefährlich zu machen, indem er neuentstandene Verhältnisse klagbar machte. In unserem Falle schuf er die exceptio doli[5].

Jetzt war der Erwerber wenigstens einigermassen gesichert, die Eigentumsklage gegen ihn war zwar möglich, doch stand ihr eine exceptio doli gegenüber, die sie unwirksam machte.

Der geschaffene Ausweg entsprach dem allgemeinen Billigkeitsgefühl; „welcher Richter sei jetzt wagen „durfte trotz des formell zweifelhaften Rechtes des „Verkäufers auf die causa — das materielle Recht — „sich stützend, gegen diesen zu interpretieren“;[6] und es ist einleuchtend, dass man die exceptio bald auch auf ähnliche Fälle wie den oben angeführten anwendete.[7]

4) Vgl. Jhering. Gesch. d. röm. Rechts III. 1 S. 62.

5) Vgl. Dernburg, Pand. I S. 326 fgd. Vgl. Permice, Labeo II S 112.

6) Vgl. Pernice, Labeo II S. 115. Vgl. Windscheid. Pand. I § 197 No. 4.

7) Vgl. Dernburg. Pand. I S. 506 Anm. 2.

Aber der gewährte Schutz war zunächst doch noch sehr gering. Wollte man nämlich die exceptio doli anwenden, so musste eine subjektive Arglist des Vindicierenden vorliegen; war das nicht der Fall, so war der Erwerber wieder schutzlos. Aber auch als man später von dem Erfordernis des subjektiven dolus absah und einen solchen schon darin fand, dass jemand einen Anspruch geltend machte, von dem er wusste, dass ihm eine exceptio entgegenstand, war die Stellung des Erwerbers noch nicht sicher, denn gemäss der unten angegebenen Stelle[8] wurde die exceptio nur gegeben; „nisi talis ignorantia in eo sit, ut dolo careat". Erwarb also ein Dritter die Sache vom ersten Veräusserer, ohne etwas von der ersten Veräusserung zu wissen, so stand seiner Vindication dem ersten Erwerber gegenüber nichts entgegen.

In einem solchen Falle nun, wo man weder von dolus specialis noch generalis reden kann, gab der Prätor eine exceptio in factum, also eine exceptio, die kein Anwendungsfall der exceptio doli ist.[9]

Aus dieser in factum konzipierten exceptio entstand dann die objektive exceptio in re und damit unsere expt. r. v. e. tr.

Aber noch in einem anderen Sinne erscheint die excpt r. v. e. tr. unter dem Namen excpt. in factum und zwar in diesem Falle lediglich als Anwendungsfall der exceptio doli. Angenommen z. B., der Nichteigentümar hat eine Sache verkauft und tradiert und wird hinterher Eigentümer; jetzt stellt

8) L. 2 § 5 D. 44.4. Vgl. Dernburg, Pand. I S. 527.
9) Pernice, Labeo II S. 118 und 119.

er die rei vindicatio an und wird mit der exceptio doli zurückgewiesen. Nun kann aber nach Ulpian doch eine justa causa für die Anstrengung der Vindikation vorliegen z. B.: Die Parteien haben vereinbart vom Kaufe zurückzutreten, oder der minderjährige Verkäufer ist vom Käufer übervorteilt worden. Hatte jetzt der Beklagte die exceptio doli geltend gemacht und dementsprechend die exceptio gelautet: nisi quid dolo malo Ai. Ai factum sit neque fiat, so wäre die Stellung des Klägers unhaltbar; denn auch seinerseits liegt ein dolus vor, er wird also abgewiesen.

Krüger[10] fügt dem noch hinzu „Andererseits „könnte der Kläger vor dem index allerlei Aus„flüchte machen, ohne dass er den Wahrheitsbeweis „zu liefern hätte; denn es war immer Aufgabe des „Excipienten, den dolus des Klägers nachzuweisen".

Also würde durch das Vorbringen der exceptio doli die Stellung des Klägers einerseits günstiger, andererseits ungünstiger geworden sein; Verschleierungen des wahren Thatbestandes wären die Folgen gewesen. Man kann dem nicht entgegnen: Der Klüger hätte gegen die exceptio doli des Beklagten eine replicatio gehabt, denn Marcell und Ulpian L. 4 § 13 D. 44,4: „adversus doli exceptionem non datur replicatio doli".

Der Beklagte hätte also einen Schutz gehabt der dem Kläger mit demselben Rechte zugestanden hätte, der aber aus rein formellen Gründen nicht wirksam werden konnte. Dem half der Prätor ab.

10) Krüger, Beiträge z. Lehre v. d. exept. doli S. 78.

indem er die ursprüngliche exceptio doli als exceptio in factum koncipierte. Jetzt war die Stellung des iudex bedeutend einfacher; er war nicht mehr so sehr auf den Vortrag der Parteien angewiesen, von denen, wie oben erwähnt, jede den Thatbestand möglichst zu verschleiern bemüht sein musste, sondern er hatte nur zu prüfen, ob die ganz bestimmt gefasste exceptio hier Anwendung finde, nicht mehr ob überhaupt dolus auf des Klägers Seite vorliege, sondern ob er z. B. in Wirklichkeit der Erbe des unberechtigten Veräusserers sei; die Formel hiess also nicht mehr: „Nisi — dolo — fiat —", sondern etwa: „Nisi A. A." Titii heres extiterit". Der ganze Vorgang war so wesentlich vereinfacht. Andererseits aber wurde durch die Einführung der exceptio in factum die Stellung des Klägers insofern gegen früher wesentlich günstiger, als er jetzt durch eine replicatio doli die gegnerische exceptio in factum entkräften konnte.

Das bisher gewonnene Resultat wäre also: Zuerst eine exceptio doli und daraus hervorgehend zwei exceptiones in factum. Und zwar zunächst eine thatsächlich nur in factum concepta, reine exceptio doli. Zweitens aber eine exceptio in factum, die ohne exceptio doli zu sein, nur ihre Entstehung der durch die exceptio doli gegebenen Anregung verdankt. Es wird sich zeigen, dass sich unter dem Namen der exceptio doli oder der in factum komparierten exceptio doli die excpt. r. v. e. tr verbergen kann, dass dagegen die zuletzt be-

sprochene exceptio in factum völlig identisch mit der excpt. r. v. e. tr. ist.

Wie schon erwähnt, setzte die exceptio doli einen subjektiven dolus dessen voraus, gegen den sie geltend gemacht wurde. Daher die exceptio in factum, die gegen jeden Rechtsnachfolger ging und damit dinglich wurde. Als Ausbildung dieser haben wir dann die exceptio r. v. e. tr., die zwar nichts anderes ist, als diese, die aber wegen ihrer allgemeineren Fassung auf alle aus ähnlichen Gründen schutzbedürftige Verhältnisse passte und somit bequemer wurde. L. 3. D. 21,3 giebt endlich die excpt. r. v. e. tr. in ihrer vollen Ausbildung, d h. als völlig dingliche, von nun wohl bei entsprechendem Thatbestand stets angewandte [11]

Früher konkurrierte die exceptio doli mit ihr und auch jetzt noch war unter Umständen eine Konkurrenz möglich, so oft nämlich die Vindikation dolose geschah. Aber die excpt. r. v. e. tr. prävälierte immer mehr, so dass wie Krüger[12] sagt, „am „Ende der Entwickelung die letztere (d. h. die „excpt. r. v. e. tr.) allgemein und typisch wurde „und die exceptio doli auf der ganzen Linie ver„drängte. In der Praxis kaum noch üblich, erhielt „sich die exceptio doli in dieser Funktion in den: „Schriften der Juristen nurmehr als ein von der „älteren Jurisprudenz überkommenes Erbstück, mit „dem man sich theoretisch abzufinden wusste".

11) Vgl. Dernburg, Pand. I S. 455. Vgl. Krüger, Beitrag S. 83.

12) Krüger, Beitrag S. 48.

Namentlich erwähnt ist die exceptio r. v. e tr, im corpus iuris nur dreimal, wenigstens finden sich nur drei Thatbestände, auf die sie ausdrücklich Anwendung findet.

b) Anwendungsfälle.

α) Ausdrückliche.

1. Ulpianus libro LXXVI ad Edictum: Marcellus scribit, si alienum fundum vendideris, et tuum postea factum petas, hac exceptione recte repellendum.

Also ein Nichtberechtigter veräussert ein Grundstück, erwirbt später das Eigentum und vindiciert jetzt.

2. Sed et si domnius fundi heres venditori existat, idem erit dicendum.

Der Berechtigte beerbt den Verfügenden.

3. Si quis rem meam mandatu meo vendiderit, vindicanti mihi rem venditam nocebit haec exceptio.

Es lässt jemand durch einen Dritten seine Sache verkaufen und tradieren. Nachher stellt er, da der Mandatar wegen des Mangels einer direkten Stellvertretung Eigentum auf den Dritten nicht übertragen konnte, die Vindikation an.

Dieses sind die einzigen Fälle, bei denen die exceptiv r. o e. tr. ausdrücklich erwähnt wird; dass damit aber ihr Anwendungsgebiet keineswegs völlig erschöpft ist, dass sie sich vielmehr häufig unter dem Namen einer exceptio doli oder in factum verbirgt, haben wir oben erwähnt.

Es wird nun notwendig sein, das Charakteristische der authentischen Fälle zu betrachten, um im Vergleich mit ihnen die übrigen feststellen zu können.

In allen Fällen hat jemand eine fremde Sache verkauft und tradiert. Ausserdem ist bei dem Erwerber bona fides vorhanden, — selbstverständlich, denn im anderen Falle handelte er selbst dolose, und der Prätor hätte keinen Grund gehabt, ihn zu schützen. Aber traditio ist nicht einmal immer erforderlich, es genügt, dass der Erwerber sine vitio in den Besitz der verkauften Sachen gelangt, man denke z. B. an ein Tier, welches ihm vor der Übergabe zuläuft. Vgl. L 1 § 5 h. t.: Si quis rem emerit, non antem fuerit ei tradita, sed possessionem sine vitio fuerit nactus, habet, exceptionem . . . . .

Anderer Ansicht ist Windscheid.[13] Er behauptet, der Fall gehöre nicht hierher, weil ein Haupterfordernis, der Übergang auf den Sondernachfolger fehle. Zum Beweise führt er die Stelle an: L 9 § 4 D VI,2: . . ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui priori res tradita sit. Aber in der angeführten Stelle ist doch nur gesagt, dass die Lage dessen eine bessere sei, dem die Sache zuerst übergeben worden sei; nun aber z. B. angenommen, der erste Erwerber habe die Sache verloren und sie sei sine vitio in den des zweiten gelangt. Für die Anstrengung der actio Publiciana (für den Fall, dass auch der Zweite die

13) Windscheid, Pand. I Aufl. S. 892 Anm. 6. Vgl Dernburg, Pand. I S 507 Anm. 4.

Sache verloren hätte) also für die Wiedererlangung wäre der prior zweifellos im Vorteil; aber die exceptio steht dem zweiten Erwerber ebenso zu wie dem ersten und geht bei ihm genau so auf den Sondernachfolger über wie bei jenem; denn dem zweiten Erwerber gegenüber ist der Veräusserer ebenso verpflichtet „zu seinem Wort zu stehen", wie gegenüber dem ersten.

Also traditio ist nicht erforderlich, sine vitio erlangter Besitz genügt.

Die Erfordernisse für die Anwendnng der except r. v. e. tr. wären demnach:

1. Ein Rechtsgeschäft, welches auf Eigentumsübertragung gerichtet, wegen eines ausserhalb liegenden Grundes aber unwirksam ist.
2. possessio des Erwerbers.
3. bona fides des Erwerbers

3) Andere.

Die einfachste Stelle, welche wir auf Grund obiger Feststellungen zu prüfen haben, ist L. 17 D 21,2:

vindicantem venditorem rem, quam ipse vendidit, exceptione doli summoveri posse nemini dubium est, quamvis alio iure dominium quaesierit, improbe enim rem a se distractam evincere conatur.

Es handelt sich um die Veräusserung eines Nichteigentümers, der später (nach der traditio) das dominium ex jure Quiritium erwarb. Dass dieser Fall gemeint ist; lässt sich deshalb nicht bezweifeln,

14) Vgl. Windscheid, Pand. I § 172 Anm. 5.

weil der Veräusserer, wäre er bei der Veräusserung Eigentümer gewesen, Eigentum übertragen hätte; auf seinen Glauben, ob er Eigentümer aus diesem oder einem anderen Grunde geworden sei, kommt es nicht an.

Krüger[15] erklärt das „alio iure" etwa so: Veräusserer und Erwerber hätten wissentlich einen Kauf über eine dem ersteren nicht gehörige Sache geschlossen für den Fall, dass er ex certa causa, z. B. iure hereditario, Eigentümer werden würde; nun sei er aber aus anderem Grunde Eigentümer geworden, z. B. durch Schenkung. Oder aber der Verkäufer habe hinterher das Eigentum auf andere Weise erworben, als er es im Augenblick des Vertragsschlusses zu haben glaubte. Meines Erachtens ist die erste Auslegung die näher liegende; doch sei dem, wie ihm wolle, der in dem angeführten Falle gegebene Thatbestand stimmt mit dem von L 1 D. 21,3[16] genau überein; und die hier gegebene exceptio doli ist daher nichts anderes als die except. r. v. e. tr.

L 49 D 17,1[17] sagt: Marcellus libr. VI. Dig.: Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo; mandatu meo eum Titius vendidit, quum ignoraret suum esse, vel contra ego vendidi illius mandatu, cum forte is, cui heres extiterit, eum emisset: de jure evictionis et de mandatu quaesitum est. Et puto, Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, ob-

15) Krüger. Beitrag S. 49.
16) Windscheid, Pand. I § 197 Anm. 6 a. a. O.
17) ebendaselbst. Vgl. Dernburg, Pand. I S. 507 Anm. 7.

strictum emtori neque, si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam, et idcirco mandati eum non teneri, sed contra mandati agere posse, si quid eius interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. Contra mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli summovetur, et adversus venditorem testatoris sui habet ex emto jure hereditario actionem.

Die angeführte Stelle enthält drei verschiedene Thatbestände.[18]

1. Der wirkliche Eigentümer verkauft seine Sache im Auftrag des vermeintlichen, z. B. als Beamter auf Befehl der Obrigkeit.

Krüger[19] will diesen Fall nicht unter die Anwendungsfälle der except. r. v. e. tr. rechnen, weil die Vindication, wenn die verkaufte und tradierte Sache nec mancipi sei, ipso iure ausgeschlossen sei. Meines Erachtens kommt es aber auf die Qualität der Sache gar nicht an. Das den Eigentumsübergang störende Moment ist nicht die Beschaffenheit der Sache, sondern der Irrtum des Veräusserers. Wenn Krüger behauptet, die Vindication sei bei einer res nec mancipi in unserem Falle ipso iure ausgeschlossen, so ist diese Ansicht nur erklärlich, wenn er hier Eigentumsübergang angenommen hat. Dass aber kein Eigentum übergegangen ist — bei einer blossen Tradition einer res mancipi von der mangelhaften Form der Übertragung ganz abgesehen — geht aus unserer Stelle selbst hervor. Bedenken könnte erregen L 35 D. 41,1: Si procurator meus

18) Vgl. Dernburg. Pand. I S. 508 Anm. 7.
19) Krüger, Beitrag S. 54.

vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint non recessit ab iis dominium, et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amitit.[20]

Die Stelle vermag L 41 D. 12,1 nicht zu entkräften.

A lässt als Mandatar des B einen Sklaven frei. B stirbt, nachdem er den Auftrag vorher widerrufen hat und A ist sein Erbe. Also der Sklave befand sich schon im Eigentum des A, als er ihn freiliess. Nun beabsichtigte A aber nicht sein Eigentum aufzugeben, sondern das seines Erblassers. Dazu kommt noch, dass der Auftrag widerrufen wurde. Eigentlich müsste die Freilassung wegen des error in domino nichtig sein, wie z. B. die Veräusserung irgend einer anderen Sache, die A in demselben Irrtum vorgenommen hätte. Nur weil es sich hier um die Freilassung eines Sklaven handelt, soll diese, dem römischen Prinzip entsprechend, ausnahmsweise eben in favorem libertatis gültig sein.

Sonst hindert der error in dominio stets den Verlust rspt. Erwerb des Eigentums. Anders wäre der Fall freilich, wenn der Eigentümer veräusserte und sich nur über den Grund[21] seines Eigentums irrte. Er ist z. B. Eigentümer iure hereditario und glaubt es zu sein iure donationis. Ein solcher Irrtum ist, wie oben schon erwähnt, irrelevant.

Fassen wir das oben Gesagte zusammen, so ergiebt sich: Veräussert der wirkliche Eigentümer im

20) Vgl. Dernburg, Pand. I S. 508 Anm. 8.

21) Vgl. Dernburg, Pand. I S. 505 Anm. 7. Vgl Jhering, Jahrb. Bd. 1 S. 306 Anm. 35 Bd. 2 S. 176 fgd.

Auftrage des vermeintlichen, so geht Eigentum nicht über, der Veräusserer ist aber obstrictus emtori und seiner rei vindicatio steht eine exceptio doli entgegen.

Auch in diesem Falle ist die exceptio doli identisch mit der except. r. v. e. tr.

Der zweite Fall der Stelle L. 49. D. 17,1[22] ist folgender: der wahre Eigentümer tradiert im eigenen Namen, aber glaubt fremdes Eigentum zu übertragen.

Interessant ist, dass Jhering[23] in diesem Falle annimmt, es sei Eigentum übergegangen; er behauptet, bei dem objektiven Vorhandensein der Voraussetzungen eines Rechtsgeschäfts komme es auf das subjektive Nichtwissen derselben nicht an. A. sei Eigentümer gewesen und habe die traditio vorgenommen in der Absicht, Eigentum zu übertragen, und somit sei Eigentum übergegangen, denn „plus est in re quam in existimatione".

Weiter stützt sich Jhering auf L. 9. § 4. D. 22,6. Die Stelle lautet: Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus est in re quam in existimatione mentis: et ideo tametsi existimet se non a domino emere, tamen si a domino ei tradatur, dominus efficitur. Zunächst ist dieser Fall nur für den Eigentumsübergang auf den Empfänger anzuwenden und unbedingt richtig. Denn es ist für den Verkehr gleichgültig, ob der Erwerber an das Eigentum des Veräusserers glaubt, oder nicht. Er wird doch

22) Vgl. Windscheid, Pand. I § 197 Anm. 6.
23) Jhering, Jahrb. II S. 158 fgd.

bereichert und läuft somit keine Gefahr. Will jemand eine Sache kaufen, so ist es im Grunde ganz gleichgültig, wie und wovon er sie kauft, wenn er sie nur bekommt und behalten kann. Anders aber ist es für den Veräusserer. Er verkauft zwar, will auch durch die Tradition Eigentum übertragen, aber er will dies nur, weil er glaubt, er habe eine fremde Sache vor sich. Kennte er seine Qualität als Eigentümer, so würde er in vielen Fällen nicht an eine Veräusserung denken.

Aus diesen Gründen, meine ich, darf man den Fall L. 9. § 4. D. 22,6 nicht analog auf den unseren anwenden. Wir hätten sonst hier eine Durchbrechung des Satzes: „nemo arans rem suam amittit", der durch nichts gerechtfertigt wäre, denn „nihil tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi. Endlich aber haben wir auch deshalb keinen Grund hier Eigentumsübergang anzunehmen, weil sich in den Quellen keine diesbesagende Stelle findet und die römischen Juristen sich mit einer so gewichtigen Ausnahme von der Lehre des Eigentumsüberganges durch Tradition sicher beschäftigt hätten.

Zur Stütze seiner Ansicht führt Jhering[24] nach § 11 J. de leg. 2,20 an: Jemand setzt im Glauben es sei eine fremde, seine eigene Sache, als Legat aus. Es handelt sich aber hier um ein rein obligatorisches Geschäft, durch welches der Bedachte lediglich ein Forderungsrecht gegen den Erben erhält. Von einer Tradition, die dinglich wirken soll,

24) Jhering. Jahrb. II S. 158 fgd.

ist keine Rede. Tradiert der Erbe dann die Sache nach dem Erbfall, so geht freilich Eigentum über.

Ebensowenig lässt sich der Fall anführen, L. 4 § 1 D. 40,2: Es lässt jemand seinen Sklaven frei in der Meinung, es sei ein fremder. Die Freilassung müsste auch hier nichtig sein. Aber wo bei nichtigem Rechtsgeschäft sonst eine exceptio gegeben wird, um der Billigkeit gerecht zu werden, wäre hier nichts vorhanden, den Sklaven gegen seinen Freilasser zu schützen, weil sich eben, wie Chesius in „De indifferentiis juris" erklärt die Freiheit nicht wie das Haben einer Sache durch eine exceptio schützen lasse. Man hat sich also in diesem Falle nicht anders helfen können als dadurch, dass man die Freiheit des Sklaven anerkannte.

Das oben gesagte zusammengefasst ergiebt: Eigentum geht auch dann nicht über, wenn der wahre Eigentümer im eigenen Namen aber in der Meinung fremdes Eigentum zu übertragen die traditio vornimmt. Aber auch hier steht der Vindikation eine exceptio doli gegenüber, deren Wirkung derjenigen der excpt. r. v. e. tr. in Titel Dig. 21,3 völlig gleich ist. Die Voraussetzungen decken sich zwar mit keinem der dort genannten Fälle ganz, aber wir haben oben schon erwähnt, dass die excpt. r. v. e. tr. bald von dem Falle, für den sie ursprünglich geschaffen war, auf verwandte Thatbestände angewendet wurde [25].

Die exceptio doli des zuletzt behandelten Falles ist also ebenfalls identisch mit der excpt. r. v. e. tr.

25) Vgl. Windscheid, Pand. I § 197 Anm. 4 und oben S. 7.

Endlich enthält L. 49 D. 17,1 noch einem dritten Fall.

A. ist Eigentümer eines Sklaven; dieser wird durch C. dem B. verkauft und tradiert. Jetzt beerbt A. den B. und verkauft seinerseits den Sklaven ohne etwas von seinem früheren Eigentum zu wissen.

Zweifellos ist aber hier Eigentum übergegangen. Zu einem anderen Ergebnis kann man nur kommen, wenn man sich der gezwungenen Auslegung Scheurls[26] anschlösse. Er nimmt ein Fortbestehen des Eigentums des Erblassers an, sodass der Veräusserer das von dem seinen getrennte Eigentum hätte übertragen wollen, während er das eigene übertrug. Diese Ansicht ist unhaltbar; tritt der Erbe die Erbschaft an, so verschmilzt dadurch das Vermögen seines Erblassers mit seinem eigenen zu einer Masse deren alleiniger Eigentümer der Erbe ist. Er kann also nur als Eigentümer im eigenen Namen verkaufen, dass er schon aus einem anderen Grunde Eigentümer ist als er annimmt kommt für den Eigentumsübergang auf den Käufer nicht in Betracht.

Für die excpt. r. v. e. tr. bietet diese Stelle also keinen Raum.

Einen weiteren Anwendungsfall der excpt. r. v. e tr. giebt dagegen L. 7. § 3 D. 23,3[27].

Es handelt sich um den Fall, dass eine Frau ihrem zukünftigen Manne vor der Hochzeit eine dos aushändigt mit der Abrede, das sie erst mit der Hochzeit in sein Eigentum übergehen solle. Wir

26) v. Scheurl, Beitrag S. 200—201 und Jhering's Jahrb. II S. 14 fgd.

27) Vgl. Windscheid, Pand. I § 197 Anm. 6.

können den Thatbestand dahin vereinfachen: Jemand tradiert mit der Abrede, dass erst bei Eintritt einer Bedingung Eigentum übergehen soll. Der Tradent bleibt Eigentümer, einer Vindikation seinerseits soll aber mit einer exceptio doli oder in factum begegnet werden können.

Auch diese excepti ist offenbar identisch mit der excpt. r. v. e. tr.

Dasselbe gilt von L. 10. D. 20,5[28] hier veräussert der Pfandgläubiger die Pfandsache im Glauben, sie gehöre seinem Schuldner, während sie in Wirklichkeit ihm gehört. Eigentum geht nicht über, die Vindikation soll aber keinen Erfolg haben. Die hier gegebene exceptio ist umsomehr die excpt r. v. e. tr. als sich dieser Thatbestand mit dem in L. 49 D. 17,1 deckt.

Bestritten ist, ob auch die Stelle L. 11 C. 8,44[29] hierher gehört. Die Stelle lautet: Exceptione doli recte eum submovebis, quem ab auctore tuo fideiussorem accepisti, si eius nomine controversiam refert quasi per exorem suam, antequam tu emeres comparaverit, qui vendenti adeo consensum dedit, ut se etiam pro erictione obligaverit.

A verkauft die Sache des B. dem C. B. verbürgt sich in Unkenntnis seines Eigentums für Eviktion.

Krüger[30] will diesen Fall nicht hierherzählen, besonders da B. nicht wissentlich die Zustimmung zum Verkauf seiner Sache gegeben habe; ausser-

28) Windscheid. Pand. I § 197 Anm. 6.
29) Vgl. Windscheid. Pand. I § 197 Anm. 6.
30) Krüger, Beitrag S. 60.

dem gäbe ein Bürge niemals seine Zustimmung zum Abschluss des Geschäftes.

Das letzte Argument scheint mir aber schon durch den Text widerlegt, wo es heisst . . .„qui adeo consensum dedit . . .“ Und auf das Nichtkennen kommt es ebenfalls nicht an. Dieses Nichtkennen hindert zwar den Eigentumsübergang, aber es bildet andererseits ja eine der gewöhnlichsten Grundlagen für die excpt. r. v. e. tr.

Meines Erachtens ist aber für die Beurteilung des Falles das von Wichtigkeit, dass in allen bisher gefundenen Fällen nur von einer Vindikation des Veräusserers die Réde war, nie von der eines Dritten.

Ausserdem aber hat sich der Bürge ausdrücklich für Eviktion, d. h. für jede Eviktion verbürgt; es liegt ihm also offenbar daran, dass der Erwerber die Sache behalten kann, und nun soll sich diese Bürgschaft nicht gegen den Bürgen selbst richten. Ich meine erst recht, der Bürge handelte dolose wenn er jetzt, entgegen der übernommenen Verpflichtung, selbst vindicieren wollte.

Ferner ist die excpt. r. v. e. tr. rein dinglich, wirkt also für und gegen jeden Nachfolger. Wird aber in unserem Falle der Bürge beerbt, so sind zwei Fälle zu unterscheiden.

Entweder der Erbe vindiciert, gestützt auf das vom Erblasser überkommene Eigentum. In diesem Falle muss er die exceptio doli auch gegen sich gelten lassen, weil er das Eigentum exlucrativa causa erlangt hat.

Oder aber er vindiciert gestützt auf einen ihm nur persönlich zustehenden Anspruch Jetzt steht ihm keine exceptio entgegen, denn er ist in Ansehung der betreffenden Sache ja gar nicht successor des Erblassers. Andererseits konnte aber letzterer nicht durch die Übernahme der Eviktionshaftung auf das Eigentum des Erben verzichten. Angenommen z. B der Bürge war nicht Eigentümer, haftete aber für Eviktion der seinem Erben gehörigen Sache: Da dürfte man doch wohl nach Analogie des Falles, wo die Verfügung eines Nichtberechtigten wirksam wird, wenn der Berechtigte den Verfügenden beerbt, nach Analogie dieses Falles sage ich, dürfte man doch wohl annehmen, der Verzicht des Erblassers müsste in jedem Falle auch für den Erben bindend sein; das ist aber ausdrücklich in L 31 Cod. de evict. abgelehnt. Wäre, wie z. B. Glück[31] behauptet, obige Stelle nur ein Satz des strictum jus, gegen den es als Milderung doch eine exceptio gegeben hätte, so wäre etwas derartiges doch sicher bei obiger Stelle erwähnt.

Aus dem Gesagten ergiebt sich, dass L. 11 C. 8,44 keinen Anwendungsfall der excpt. r. v. tr. enthält.[32]

Zu erwähnen wären endlich noch einige kleinere Stellen, die sich aber mit schon behandelten Thatbeständen decken und deshalb keiner besonderen Betrachtung bedürfen.

31) Glück, Komment. XX S. 439.
32) Vgl. Windscheid, Pand. § 197 Anm. 6.

Dahin gehören z. B.: L. 4 § 12 D. 44,4 für Veräusserungen des Eigentümers mit Zustimmung des dinglich Berechtigten; L 4 §§ 23, 24 D. 44,4 für rechtmässige Veräusserungen von Mündelsachen durch den tutor rspt. curator.

Der besseren Übersicht halber stellen wir die festgestellten Thatbestände, bei denen die excpt. r. v. e. tr. Anwendung findet, noch einmal zusammen.[33]

1. Ein Nichteigentümer veräussert und erwirbt später das Eigentum.
2. Ein Nichteigentümer veräussert und wird dann vom Eigentümer beerbt.
3. Ein Nichteigentümer veräussert im Namen des Eigentümers.
4. Der wirkliche Eigentümer veräussert im Auftrage des vermeintlichen.
5. Der wirkliche Eigentümer verkauft und tradiert im eigenen Namen aber mit der Absicht, fremdes Eigentum zu übertragen.
6. Der Eigentümer überträgt Eigentum unter aufschiebender Bedingung.
7. Der gesetzliche Vertreter veräussert.
8. Der Eigentümer veräussert mit Zustimmung des dinglich Berechtigten.

Am Schlusse dieses Abschnittes erübrigt es sich endlich noch, einen Augenblick bei dem Satze zu verweilen: Quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio, ein Satz, den man früher häufig als Ursprung unserer exceptio ansah. Leonhard

33) Vgl. die Zusammenstellung in Dernburg's Pand. I S. 506 fgd.

z. B.[34] war der Ansicht, die excpt. r. v. e. tr. habe dann Anwendung gefunden, wenn ein Anspruch auf Eviktionsleistung begründet gewesen sei.

Zweifellos würde diese Regel das Wesen eines Teiles unserer Fälle bezeichnen. Thatsächlich steht die excpt. r. v. e. tr. all' denen entgegen, die selbst Gewähr für Eviction übernommen haben und dann selbst vindicieren.

Dass der Erbe, wenn er die Vindikation aus einem ihm persönlich zustehenden Rechte anstellt, mit seiner Vindikation durchdringt, vermag den Grundsatz nicht zu durchbrechen, da wir oben diesen Fall als ausserhalb des Bereiches der excpt. r. v. e. tr. stehend gezeigt haben. Aber es giebt Fälle, bei denen zweifellos die excpt. r. v. e. tr. Anwendung findet und bei denen von einer Eviktionshaftung des Übertragenden keine Rede ist; z. B. bei der Schenkung; dann aber ganz besonders in dem Falle, wo ein Pfandgläubiger ohne sein Eigentum zu kennen veräussert hat und endlich immer dann, wenn ein gutgläubiger Singularsuccessor auf Seiten des Veräusserers oder Erwerbers eintritt. Denn der Singularsuccessor des Veräusserers hat keine Eviktionsbürgschaft dem ersten Erwerber gegenüber übernommen und ebenso der erste Veräusserer dem zweiten Erwerber gegenüber nicht. Und doch steht in diesem Falle zweifellos die excpt. r. v. e. tr. zu rspt. entgegen.

34) S. Jahrb. für Dogmatik XVII S. 183 fgd. Vgl. auch z. B. Michelsen: De. excpt. r. v. e. tr.

Der Satz: Quem de evict. . . . . erschöpft das Wesen der excpt. r. v. e. tr. also keineswegs.[35]

Vielleicht könnte man, da es sich in allen konstatierten Fällen um auf Eigentumsübertragung gerichtete Tradition handelt, den Satz aufstellen:

„Eine auf Eigentumsübertragung gerichtete Tra-
„dition durch die Quiritisches Eigentum aber auf
„den gutgläubigen Erwerber nicht übergehen kann,
„bleibt wirksam auch für und gegen jeden Nachfolger
„des Veräusserers und Erwerbers."

Richtig bleiben dabei immer noch die Sätze: nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet einer- und: nemo errans rem suam amittit, andererseits.

Ausnahmen giebt es, und zwar für den tutor, curator und procurator, diese Ausnahmen sind aber nur scheinbare, da die genannten Personen nur Mittel sind, durch die ein berechtigter Eigentümer veräussert. Wirkliche Ausnahmen kennt das römische Recht nur in zwei Fällen.

Einmal kann der Pfandgläubiger durch Veräusserung seiner Pfandsache Eigentum übertragen, und zweitens bestimmt L 2 C. de quadr. praescript. 7,37, dass der Fiskus und dies erweiternd Justinian in L. 3 C. eod., dass auch der Kaiser und die Kaiserin Eigentum oder vielmehr jedes Recht, auch wenn es ihnen selbst nicht zustehe, vollwirksam übertragen könne. In allen anderen Fällen war die Veräusserung entweder völlig unwirksam, oder es

35) Vgl. Dernburg's Pand. I S. 509 Anm. 11.

trat — in den oben erwähnten Fällen — der Schutz durch die except. r. v. e. tr. ein.

Das gemeine Recht hat hieran — von zwei allerdings sehr bedeutsamen Ausnahmen abgesehen — nichts geändert. Wohl ist aber durch die Praxis eine Modificierung der Constitution eingetreten, auf Grund deren der Fiskus, der Kaiser und die Kaiserin als Nichtberechtigte Eigentum übertragen können; insofern, als diese Bestimmung im gemeinen Recht wohl nur noch auf den Fiskus Anwendung findet; denn die Stellung der Regenten in Deutschland ist bei der Rezeption des römischen Rechts und besonders natürlich in der modernsten Zeit von der der römischen Kaiser so verschieden, dass sich der für die geheiligte Person der römischen Kaiser gegebene Satz nicht wohl auf unsere dem Gesetz viel mehr unterworfene Monarchen ausdehnen lässt.

Bedeutsame Umwälzungen in der römisch- und gemeinrechtlichen Lehre von der Übertragung des Eigentums brachten erst die neuen Codifikationen: das preussische Landrecht, der Code civil und vor allem das BGB.

Das, was das römische Recht durch die except. r. v. e. tr. erreichen wollte, erreicht das BGB viel einfacher durch die Aufnahme des deutsch-rechtlichen Grundsatzes „Hand wahre Hand", durch die Einführung des öffentlichen Glaubens des Grundbuches und vor allem durch den § 185.

2. Thatbestand des § 185 2 BGB.

a) Entstehung.

Im ersten Entwurf fand sich ein die Convalescenz des Eigentums bei Verfügungen eines Nichtberechtigten aussprechender Paragraph noch nicht. Wohl gab es aber in den §§ 310, 830, 876 Vorschriften, welche die Convalescenz ausdrückten. Um nun den Anschein zu vermeiden, als handele es sich in diesem Paraphen um Spezialvorschriften, die eine erweiterte Anwendung nicht duldeten, und da man andererseits glaubte, die drei genannten Paragraphen unter ein Prinzip bringen zu können, beschloss die II. Kommission[36] den jetzigen § 185 hinter § 127 des ersten Entwurfs einzuschieben. Die Motive drücken sich darüber aus wie folgt:

„Den in den §§ 310, 830, 876 behandelten Con-„valescenzfällen liegt ein gemeinsames Prinzip zu „Grunde, welches auch auf andere Fälle, wo die „Convalescenz nicht ausdrücklich bestimmt ist, An-„wendung zu finden hat. Es empfiehlt sich, dieses „Princip durch eine allgemeine Vorschrift auszu-„sprechen, um der Ansicht vorzubeugen, als handele „es sich in den §§ 310, 830, 876 um Spezialvor-„schriften, die eine analoge Anwendung nicht zu-„liessen. Für einzelne besonders geartete Fälle, bei „denen eine Convalescenz nicht angezeigt erscheint, „kann dieselbe durch Spezialbestimmung ausge-„schlossen werden. Bei der Redaktion wird aber zu „beachten sein, dass unter den im Absatz 2 erwähnten

36) Protok. d. Kommission f. d. II. Lesung S. 179.

„Thatbeständen der Unterschied besteht, dass nur „bei Genehmigung Convalescenz mit rückwirkender „Kraft eintritt.“ [37]

Der uns speziell interessierende zweite Abschnitt möge hier wörtlich folgen.

„Die Verfügung, — die ein Nichtberechtigter „über einen Gegenstand trifft, — wird wirksam, wenn „der Verfügende den Gegenstand erwirbt, oder wenn „er von dem Berechtigten beerbt wird und dieser „für die Nachlassverkindlichkeiten unbeschränkt haftet. „In den beiden letzten Fällen wird, wenn über den- „selben Gegenstand mehrere nicht miteinander im „Einklang stehende Verfügungen getroffen worden „sind, nur die frühere Verfügung wirksam.“ [38]

b) Die Fälle des § 185/2.

1. Voraussetzungen.

α) Es muss sieh handeln um eine

α_1) „Verfügung“, die ein „Nichtberechtigter“ über einen „Gegenstand“ trifft.

Der Paragraph redete von „Verfügung“; und es fragt sich, was bedeutet der Ausdruck „Verfügung“?

Das BGB. redet von solchen in einer ganzen Reihe von Fällen. § 135 z. B. redet von Verfügungen, die gegen ein gesetzliches Verbot verstossen, § 161 von Verfügungen unter aufschiebender

37) Motive I S. 179 Bd. I.

38) Vgl. Gareis, a. a. O. S. 218. Vgl. Planck, a a. O. S. 148 und 238.

Bedingung, § 499 von Verfügungen des Concursverwalters oder von solchen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erfolgen usw. Eine Definition des Begriffes Verfügung findet sich nirgends. Sicher ist jedoch, dass unter Verfügung eine Art von Rechtsgeschäft zu verstehen ist. Und zwar ist Verfügung ein Rechtsgeschäft, durch welches unmittelbar Entstehung, Änderung oder Endigung von Rechten begründet wird. Beispiele, für die Entstehung: A übergiebt dem B einen eigenen Wechsel, Änderung: B verwandelt den Wechsel durch einen ungehörigen Vermerk in einen blossen Schuldschein; Endigung: Er giebt ihn zurück.

Die angeführten Beispiele zeigen schon, dass es sich bei Verfügungen keineswegs bloss um dingliche Rechte handeln kann; auch andere, z. B. Forderungsrechte können durch Verfügung entstehen, geändert oder aufgehoben werden. Nur darf es sich nicht handeln um ein rein obligatorisches Rechtsgeschäft, z. B. nicht um ein Rechtsgeschäft, durch welches sich jemand zur Übertragung einer Forderung verpflichtet. Es muss sich vielmehr immer um den Gegenstand der Verfügung selbst und direkt um ihn handeln.

Handelte es sich nun bisher nur um rechtsgeschäftliche oder doch ähnlich wirkende Verfügungen, so findet sich der Ausdruck im Gesetze noch in anderer Bedeutung. § 186 redet von gerichtlichen Verfügungen, 489 von einstweiligen Verfügungen, 1723 von Verfügungen der Staatsgewalt. Selbst verständlich handelt es sich hier um etwas ganz

anderes als um rechtsgeschäftliche Verfügungen. Schon die Zusammenstellung des Ausdrucks „gerichtliche Verfügung“ mit „Gesetz“ und die besondere Erwähnung der „Rechtsgeschäfte“ zeigt, dass hier Verfügung etwa gleich gerichtlichem oder obrigkeitlichem Befehl ist.

Wenn wir nun feststellen, was in dem § 185 unter „Verfügung“ zu verstehen ist, so scheiden nach dem oben Gesagten die gerichtlichen und einstweiligen Verfügungen sowie diejenigen der Staatsgewalt von selbst aus. Weiterhin fragt sich, ob die Verfügungen hierher gehören, die im Wege der Zwangsvollstreckung, Arrestvollziehung oder durch den Concursverwalter erfolgen. Zweifellos stehen sie nicht auf einer Stufe mit den rechtsgeschäftlichen Verfügungen, da sie oft, wenn von einer solchen die Rede ist, besonders genannt werden. Oft ist ihre Wirkung dieselbe, oft aber auch nicht.

§ 161 sagt z. B. unter anderem: — einer solchen (rechtsgeschäftlichen) Verfügung steht gleich eine solche, die im Wege der Zwangsvollstreckung ect. getroffen wird. Der § 892 dagegen steht auf wesentlich anderem Standpunkt Er sagt u. a.: Ist der Berechtigte in der Verfügung über ..... beschränkt, so ist ..... Hier handelt es sich nur um rechtsgeschäftliche Verfügung, da am Anfang des Paragraphen ausdrücklich vom Erwerb eines Rechtes durch Rechtsgeschäft die Rede ist. Die Beschränkung in der Verfügungsfähigkeit bezieht sich also nur auf rechtsgeschäftliche Verfügungen, nicht auf solche, die im Wege der Zwangsvollstreckung etc. erfolgen.

Wären letztere inbegriffen, so würden sie ebenso wie im § 161 ausdrücklich angeführt sein.

Es handelt sich demnach im § 185 nur um rechtsgeschäftliche Verfügungen und da wieder nur um solche, die im eigenen Namen und im eigenen Interesse erfolgt sind. Ersteres geht daraus hervor, dass § 177 ausdrücklich den Fall behandelt, wo jemand ohne Vertretungsmacht — also auch ein Nichtberechtigter — im Namen eines anderen einen Vertrag schliesst; und § 677 ebenfalls von Handlungen eines Nichtberechtigten redet, aber ausdrücklich betont, dass er im Interesse des Geschäftsherrn handelt. Aus den zuletzt genannten Gründen scheiden z. B. vor allem die Verfügungen des Vormunds aus.

Noch einmal: Der § 185 behandelt rechtsgeschäftliche Verfügungen, die im eigenen Namen und im eigenen Interesse getroffen sind.

Innerhalb dieses Rahmens kann die Verfügung sein unter Lebenden oder von Todeswegen, vertragliche oder einseitige, überhaupt irgend welcher Art.

β) Was bedeutet „Nichtberechtigter" im Sinne des § 185?

Der Paragraph verlangt, dass die Verfügung getroffen sei von einem „Nichtberechtigten". Die Nichtberechtigung kann naturgemäss auf sehr verschiedenen Gründen beruhen. Zunächst ist nichtberechtigt der, der überhaupt kein Recht an einer Sache besitzt, derjenige, der in gar keiner rechtlichen Beziehung zu ihr steht; z. B. der Dieb vor der Aneignung der

fremden Sache. Ferner unterscheiden wir solche Nichtberechtigte, denen zwar ein Recht an der Sache zusteht, aber nur ein beschränktes, für alles, was über dies beschränkte Recht hinausgeht. Z. B. der Mieter hat das Recht, die gemietete Sache zu benutzen, er verkauft sie aber Endlich giebt es solche, die zwar ein Recht an der Sache haben, ja sogar das stärkste, das Eigentum, die aber gewissen Personen gegenüber beschränkt sind. Z. B. der Eigentümer eines Grundstückes, der sein Recht entgegen einer zu Gunsten eines Zweiten eingetragenen Vermerkung auf einen Dritten übertragen will.

Zuletzt solche, denen zwar das volle unbeschränkte Recht an der Sache zusteht, die aber der Mitwirkung einer dritten Person bedürfen, um über ihr Recht disponieren zu können, z. B. der Minderjährige. Dazu kommen noch Fälle der Nichtberechtigung, die auf gesetzlichen Dispositionsbeschränkungen beruhen. Zu erwähnen wären endlich noch die Fälle, wo jemand unter aufschiebender oder auflösender Bedingung verfügt.[39] Unter aufschiebender, dann ist er insofern nichtberechtigt, als er vor Eintritt oder Unmöglichwerden des Eintritts der Bedingung eine weitere Verfügung über denselben Gegenstand trifft, insoweit durch sie das Recht des ersten Erwerbers beeinträchtigt würde.

Unter auflösender: hier ist der Berechtigte nichtberechtigt, soweit er eine Verfügung trifft, die

39) Vgl. z. B. Matthiass, Lehrb d. BR. I S. 230 fgd. Planck, BGB. I S. 204 fgd.

bei Eintritt der Bedingung das Recht seines Auktors vereiteln oder beeinträchtigen würde.

Es fragt sich, ob alle die oben festgestellten Fälle von „Nichtberechtigung" im § 185 gemeint sind.

Zunächst scheiden von selbst die Fälle aus, bei denen das Gesets selbst Grund der Nichtberechtigung ist, also bei den gesetzlichen Dispositionsbeschränkungen. Nichtberechtigt ist hier der Verfügende nur dem Gesetz gegenüber, und es können die im § 185/2 gegebenen Fälle: z. B. Erwerb durch Erbgang, nicht in Betracht kommen, da der Staat als Körperschaft des öffentlichen Rechts die Beschränkung auferlegt und nur als Fiskus, also als civilrechtliche Körperschaft erben könnte.

Ferner scheiden aus diejenigen Nichtberechtigten, die zur Verfügung über einen ihnen gehörigen Gegenstand der Ermächtigung eines Dritten bedürfen. Das geht aus § 108 hervor. § 108/1 sagt; „Schliesst „ein Minderjähriger einen Vertrag ohne die erforder„liche Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters, „so hängt die Wirksamkeit des Vertrages von der „Genehmigung ab". Die Konvaleszenz wird also für diesen Fall speziell ausgesprochen. Der Minderjährige kommt als Nichtberechtigter für den allgemeineren § 185 also nicht mehr in Betracht. § 111 bestätigt diese Regel auch für einseitige Rechtsgeschäfte.

Dasselbe wird man annehmen müssen von verträglichen Verfügungen der Frau über eingebrachtes Gut ohne Zustimmung des Mannes Es geht dies insbesondere noch daraus hervor, dass

der letzte Abschnitt des § 1396 sagt: „Verweigert „der Mann die Zustimmung, so wird der Vertrag „nicht dadurch wirksam, dass die Verwaltung und „Nutzniessung aufhört".

Der Fall ist ganz ähnlich dem, dass der verfügende Nichtberechtigte nachher Eigentümer des Gegenstandes wird; dadurch fällt das Recht seines Vormannes, welches ihn beschränkte, weg und nach § 185/2 soll die getroffene Verfügung vollwirksam werden; auch in § 1396 fällt ein Recht weg, durch welches die Ehefrau beschränkt war. Dadurch, dass der Mann Verwaltung und Nutzniessung verliert, wird die Frau unbeschränkt zu jeder Verfügung über ihr Eingebrachtes berechtigt; und doch soll hier eine vorher ohne Zustimmung des Mannes getroffene vertragliche Verfügung nicht wirksam werden. Die Konvaleszenz ist also ausdrücklich abgelehnt. Es kommt daher die nach § 1396 nichtberechtigte Ehefrau ebenfalls nicht für § 185 in betracht. Zu beachten ist allerdings, dass § 1396 nur von vertraglichen Verfügungen spricht.

Aus dem oben Gesagten ergiebt sich, dass als „nichtberechtigt" im Sinne des § 185 nur der zu verstehen ist, bei dem die Nichtberechtigung auf einen materiellen Mangel beruht.

Besonders häufig wird es der Fall sein, dass der Nichteigentümer dieser Nichtberechtigte ist, es kann aber, wie oben gesagt, auch der Eigentümer sein, der Dritten gegenüber mehr oder weniger nichtberechtigt zur Verfügung ist.

γ) „Gegenstand".

Was endlich unter „Gegenstand" zu verstehen sei, haben wir oben bei der Feststellung des Begriffs Verfügung schon betont, wir müssen hier näher darauf eingehen.[40]

Schon aus der Fassung des § 90: „Sachen im „Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegen- „stände", geht hervor, dass der Begriff „Gegenstand" über den der „Sache" hinausgeht. Gegenstände sind ausser den „Sachen" auch die Rechte an solchen, z. B. das Pfandrecht, ferner die Rechte an Rechten, z. B. das Pfandrecht an Rechten.[41] Der Mensch z. B. ist keine Sache, wohl aber kann er ein Gegenstand sein, z B. das Mündel ist Gegenstand der Vormundschaft. Überhaupt ist Gegenstand alles, worauf sich ein Rechtsverhältnis bezieht.[42]

3. Der Paragraph darf nicht durch speziellere Bestimmungen ausgeschlossen sein. Solche Bestimmungen sind:

α) Diejenigen bezgl. des Satzes „Hand wahre Hand."

Dass es sich nun um eine „Verfügung" handele die ein „Nichtberechtigter" über einen „Gegenstand" trifft, verlangt der Wortlaut des Paragraph selbst für sein Wirksamwerden. Doch damit nicht genug.

40) Vgl Matthiass a. a. O. S. 143. Vgl. Staudinger a. a. O S. 215.

41) Vgl. Staudinger a. a. O. S. 216.

42) Vgl. Hölder, a. a. O. S. 203.

Es dürfen ausserdem keine Gründe vorhanden sein, die den Paragraph, selbst wenn die oben genannten drei Voraussetzungen erfüllt sind, ausschliessen. Zunächst darf die Anwendung des Paragraphen also nicht ausdrücklich abgelehnt sein. Es geschieht dies z. B. in dem schon oben erwähnten § 1396. Ferner dürfen speziellere Vorschriften des Gesetzbuches seine Anwendung nicht stillschweigend ausschliessen.

Das geschieht zunächst durch die Bestimmungen bezgl. des Satzes „Hand wahre Hand".

Das BGB. hat sich in den §§ 932—934 auf den Boden des deutschrechtlichen Satzes „Hand wahre Hand" gestellt. D. h.: Sind Veräusserer und Erwerber einer beweglichen Sache darüber einig, dass deren Eigentum auf den Erwerber übergehen soll und verfolgt daraufhin die Tradition oder was ihr gleichsteht, so wird der Erwerber Eigentümer auch dann, wenn die Sache nicht dem Veräusserer gehört; es sei denn, dass er zur Zeit wo er das Eigentum erwerben würde, nicht in gutem Glauben ist. Es liegt also der Fall vor, dass ein nichtberechtigter Nichteigentümer genau wie der Eigentümer selbst über eine Sache verfügen kann. Erforderlich ist, wie bemerkt, guter Glaube des Erwerbers, auch darf es sich nicht um verlorene, gestohlene oder sonstwie abhanden gekommene Sachen handeln; ausgenommen von dieser letzteren Bestimmung sind wieder Geld- oder Inhaberpapiere sowie Sachen, die in öffentlicher Versteigerung verkauft werden.

Obschon nun alle Voraussetzungen für das Wirksamwerden des § 185/2 gegeben sind: Es verfügt doch ein „Nichtberechtigter“ über einen „Gegenstand“, so kommt er doch nicht zur Anwendung; die speziellere Bestimmung des § 932 ist stärker als er.

Aber er wird wirksam, sowie eine Voraussetzung für den Eigentumsübergang nach § 932 fehlt.

Zunächst also, wenn der Erwerber nicht in gutem Glauben ist: denn § 185 verlangt einen solchen ja nicht; handelt es sich doch jetzt nicht um ein Wirksamwerden gegenüber dem Eigentümer, sondern gegenüber dem Veräusserer, der ebensowenig gutgläubig zu sein braucht wie der Erwerber und dem gegenüber die Stellung des letzteren infolgedessen auch nicht erschwert werden soll.

Ein weiteres — negatives — Erfordernis für den Eigentumsübergang nach § 932 ist, dass die betreffende Sache nicht verloren, gestohlen oder sonstwie abhanden gekommen war, mit den oben genannten Ausnahmen. Ist das doch der Fall, versagt also § 932, dann liegen die Voraussetzungen für § 185/2 immer noch vor. Über die rechtliche Beschaffenheit der Sache sagt § 185 nichts, demnach kommt er bei allen Sachen zur Anwendung.

Weiterhin wird bei der Eigentumsübertragung nach § 929 die Tradition ersetzt durch brevi manu traditio, constitatum possessorium und durch Abtretung des Herausgabeanspruches. § 932 lässt diesen Ersatz nur für bestimmte Fälle zu. Brevi manu traditio soll nur genügen, wenn der Erwerber den Besitz

vom Veräusserer erlangt hat, nicht also z. B. als Entleiher vom Eigentümer. Ist das letztere der Fall, hat der Erwerber den Besitz also von einem anderen als dem Veräusserer erlangt, dann findet § 932 keine Anwendung und § 185/2 tritt wieder ein.

Will ferner ein Nichteigentümer durch constitutum possessorium Eigentum übertragen, so ist die Übergabe notwendig, erst mit ihr wird der Erwerber Eigentümer. Für die Zeit vor der Tradition oder für den Fall, dass diese überhaupt nicht erfolgt, findet § 185/2 Anwendung.

Endlich soll bei Abtretung des Herausgeberanspruches seitens eines Nichteigentümers ebenfalls das Eigentum auf den Erwerber erst übergehen mit der Übergabe der Sache seitens des Dritten.

Auch hier gilt für den Fall, dass die Übergabe nicht erfolgt und für die Zeit vor derselben dasselbe wie oben.

Wenn also auch der Satz „Hand wahre Hand" die Anwendung des § 185/2 in vielen und bedeutenden Fällen ausschliesst, so ergiebt andererseits gerade seine Einführung — negativ — Gelegenheit zu mannigfacher ergänzender Anwendung des Paragraphen.

β) Die Bestimmungen über den öffentlichen Glauben des Grundbuches.

Die zweite für unsere Betrachtung wichtige Bestimmung ist der im § 892 ausgesprochene Satz von der Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs.

1. Derjenige, der im Grundbuch als Berechtigter eingetragen ist, gilt als berechtigt, und:

2. Derjenige, welcher von einem Eingetragenen Rechte herleitet, wird berechtigt.[45]

Es ist z. B. ein Nichteigentümer als Eigentümer eingetragen, und er überträgt sein oder vielmehr das auf seinen Namen eingetragene Recht auf einen redlichen Erwerber; dieser wird jetzt wirklicher Eigentümer.

Auch hier wären also die Voraussetzungen für die Andwendbarkeit des § 185 gegeben, denn auch hier „verfügt" ein Nichtberechtigter über einen „Gegenstand", auch hier aber wird die im § 185 gegebene allgemeine Bestimmung durch die speziellen des § 892 aufgehoben.

Aber geradeso wie die Beschränkung durch den Satz „Hand wahre Hand", bietet auch die Beschränkung durch die Bestimmung über den öffentlichen Glauben des Grundbuches andererseits wieder die Möglichkeit einer erweiterten, auch hier ergänzenden Anwendung von § 185/2.

§ 892 setzt nämlich voraus, dass zunächst kein Widerspruch gegen ein eingetragenes Recht des Veräusserers eingetragen ist. Ist das doch der Fall, so kommt § 892 nicht zur Anwendung, da das eingetragene Recht nicht mehr des Schutzes durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs bedarf, als der dagegen eingetragene Widerspruch.

Es verfügte demnach im obigen Falle ein Nichtberechtigter, dessen Nichtberechtigung durch keine

43) Vgl. Matthiass, Lehrb. d. BR. II S. 26 fgd.

besondere gesetzliche Bestimmung geheilt wird, also tritt ihm gegenüber § 185/2 wieder ein.

Weiteres Erfordernis für § 892 ist, dass die Unrichtigkeit des Grundbuches dem Erwerber zur Zeit des etwaigen Eigentumsüberganges nicht bekannt war. Fehlt der gute Glaube, so wird der Erwerber nicht Eigentümer, aber § 185 schützt ihn gegebenenfalls gegen seinen auctor.

Dasselbe gilt für den Fall, dass der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuche eingetragenes Recht zu gunsten einer bestimmten Person beschränkt ist.

Das in den beiden letzten Abschnitten Gesagte, fassen wir dahin zusammen:

Wird die Verfügung eines Nichtberechtigten über einen Gegenstand nicht durch besondere gesetzliche Bestimmung wirksam, so tritt § 185/2 ein; u. z. wird durch ihn eine derartige Verfügung wirksam in drei Fällen.

2. Die Fälle des § 185 2 im einzelnen

Die Verfügung wird wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt, wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt oder wenn er von dem Berechtigten beerbt wird.

Es ist offenbar, dass die genannten Fälle sich von vorneherein in zwei Gruppen trennen lassen. Einmal Wirksamwerden durch Genehmigung und zweitens durch Erwerb und Erbgang. Im ersteren Falle handelt es sich um eine Privatwillenserklärung,

durch die das bisher unwirksame Geschäft vollgültig wird; also ein Faktor, dessen Eintreten oder Nichteintreten lediglich vom Willen einer der beteiligten Personen abhängt. Im zweiten Falle dagegen ist dieser Faktor ein rein äusseres Moment, auf dessen Eintritt oder Nichteintritt die Beteiligten im allgemeinen gar keinen Einfluss haben.

α) Genehmigung.

Meines Erachtens passt der Fall der Genehmigung überhaupt nicht in den zweiten Abschnitt des Paragraph; da seine Voraussetzungen und in gewisser Beziehung auch seine Wirkung von denen der übrigen Fälle verschieden ist. Darnach wäre die Fassung des § 185 überhaupt im Ganzen eine unglückliche.

Der erste Abschnitt spricht von einem Nichtberechtigten, der mit Einwilligung des Berechtigten über einen diesem gehörigen Gegenstand verfügt. M. E. wirkt hier die vorherige Einwilligung gerade so wie eine Vollmacht, und Geschäfte, die der Bevollmächtigte innerhalb seiner Vertretungsmacht schliesst, sind vollwirksam.[44] Infolgedessen könnte m. E. der erste Abschnitt des Paragraphen ganz fehlen, und man setzte zweckmässig an seine Stelle den ersten Teil des zweiten Abschnittes: Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, wird wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt. Ich wiederhole, das Heranziehen des ersten Abschnittes des Paragraphen

44) Vgl. Dernburg, Pand. I S. 283.

scheint mir deshalb unglücklich, weil der ganze Paragraph von Verfügungen eines „Nichtberechtigten" reden will und bei vorheriger Einwilligung des Beteiligten von einer Nichtberechtigung — soweit die Einwilligung geht — nicht die Rede sein kann.

Doch kehren wir nach dieser Abschweifung wieder zur Betrachtung unserer Fälle zurück!

Die Verfügung wird wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt. In § 182 spricht das Gesetz von der Zustimmung[45] eines Dritten zu einem Rechtsgeschäft, u. z. ist diese Zustimmung ein Wirksamkeitserfordernis für die Existenz des Rechtsgeschäftes. Die Zustimmung kann schon vor der Vornahme des Rechtsgeschäftes bestanden haben, dann heisst sie Einwilligung, oder sie erfolgt erst nachträglich, dann spricht das Gesetz von Genehmigung.[46] Giebt der Berechtigte seine Genehmigung, dann sagt er damit, dass er das Geschäft als in seinem Namen rechtsgültig vollzogen wolle gelten lassen. Es soll alles so sein, als ob das Geschäft mit seiner Einwilligung geschlossen, als ob der Verfügende zur Verfügung bevollmächtigt gewesen sei.

Gegen die skrupellose Aufnahme des Satzes: „Die nachträgliche Genehmigung wirkt wie das vorgängige Mandat" oder: „Die nachträgliche Genehmigung ersetzt die fehlende Vollmacht", wendet

45) Vgl. hierüber Matthiass, Lehrb. d. BGB. S. 250 fgd.

46) Hölder, a. a. O. S. 385 hält diese Ausdrücke für unpassend und will sie durch „Ermächtigung" und „Bestätigung" ersetzen.

sich Schlossmann in seiner „Lehre von der „Stellvertretung[47] er sagt: „Man ist darüber einig, „dass die nachfolgende Genehmigung des Vertretenen „unmittelbare Rechtswirkungen für den Vertreter „erzeuge, gerade so, wie wenn der Vertreter zum „Abschluss des Geschäfts bevollmächtigt gewesen „wäre. Auch hier hat man es an jedem Versuch, „ein für beide Gruppen von Fällen geltendes „allgemeines Prinzip zu ermitteln, oder, falls ein „solches sich als nicht erfindlich erwies, für jede „ein besonderes nachzuweisen, vollkommen fehlen „lassen und sich damit begnügt, der Behauptung, „dass die Bevollmächtigung die rechtliche Macht „begründe, mit rechtlicher Wirkung für andere zu „handeln, die weitere Behauptung, die nachträgliche „Genehmigung einer Stellvertretung ersetze die „Vollmacht, hinzuzufügen. Damit hat man einerseits „die zu erklärende Erscheinung nur in einer anderen „Form wiederholt, andererseits aber den an die „Spitze der ganzen Lehre von der Vertretung ge-„stellten Satz, dass zur Herbeiführung direkter „Rechtswirkungen eine „Vollmacht" notwendig sei, „ohne es zu merken, widerrufen. Denn, wenn die „Vollmacht durch ein anderes Ding ersetzt werden „kann, so ist anerkannt, dass direkte Wirkung auch „ohne Vollmacht eintreten kann". Worin nun eigentlich der Unterschied bestehe, giebt auch Schlossmann nicht an. Aber ganz abgesehen davon ob Schlossmann's Angriff, welcher, wie

47) Schlossmann, Lehre v. d. Stellvertretung I S. 293.

Isay[48] in seiner Erwiderung sagt, „darin gipfelt „die Einheitlichkeit des Stellvertretungsbegriffes, „wenigstens so, wie sie bisher aufgefasst worden „ist, zu zerstören", gerechtfertigt ist, oder nicht, nach aussen hin wenigstens wirkt die Genehmigung, wie ja auch Schlossmann zugiebt, wie eine Bevollmächtigung.

Dass im Innenverhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter oder in unserem Falle zwischen dem zur Verfügung berechtigten und dem nicht berechtigten Verfügenden nach dem Willen des Berechtigten verschiedene Rechtswirkungen entstehen können, je nachdem die Vollmacht vor der Verfügung erteilt oder durch nachträgliche Genehmigung ersetzt worden ist, ist zweifellos; man denke z. B. nur an eine eventuelle Haftung des Verfügenden dem Berechtigten gegenüber trotz dessen nachträglicher Genehmigung der Verfügung.[49] Nach aussen aber also für das Wirksam-Werden der Verfügung gegenüber dem Dritten wirkt die Genehmigung genau so wie die Vollmacht.

Es ergiebt sich daraus, dass auch die Wirkungen so eintreten müssen, als ob die Einwilligung — oder Vollmacht — vorher vorhanden gewesen sei, also ex tunc. Gleichgültig ist für die Wirkungen der Genehmigung, ob diese von dem zur Zeit der Verfügung Berechtigten gegeben wird oder von einem

48) Isay, Geschäftsführung S. 175. Vgl. auch Hupka „Vollmacht" S. 23.

49) Vgl. hierüber: Isay a. a. O. S. 240 sowie die Ausführungen Hölder's in seinem Kommentar d. BGB. S. 383.

Rechtsnachfolger; dieser ist eben jetzt der Berechtigte, zu welcher Zeit er das geworden ist, ist ebenso gleichgültig, wie die causa, aus der er es wurde.

§ 184 sagt: Durch die Rückwirkung werden Verfügungen nicht unwirksam, die vor der Genehmigung über den . . . . . getroffen worden sind. Diese Bestimmung beruht auf der Erwägung, dass es unbillig wäre den berechtigten Verfügenden von seinem Wort zu entbinden. Hat er vor der Genehmigung rechtskräftig über den Gegenstand verfügt, so ist er eben insoweit als die Verfügung wirkt, nicht mehr berechtigt und eine Genehmigung seinerseits wäre undenkbar.

Weiter fragt es sich, wie die Verweigerung der Genehmigung auf die Verfügung wirkt. Im § 415, bei der Schuldübernahme, ist die Verweigerung der Genehmigung ausdrücklich als unwiderruflich bezeichnet: Die Schuldübernahme — „gilt als nicht erfolgt"; sie wird also völlig ausgetilgt, und etwas, was nicht da ist, kann nicht mehr Objekt irgend welchen Thuns sein. Aber schon der Umstand, dass hier bei § 415 die besondere Hervorhebung der Unwiderruflichkeit besteht, lässt darauf schliessen, dass wir es mit einem Ausnahmefall zu thun haben oder wenigstens, dass es von der Regel der Unwiderruflichkeit Ausnahmen giebt; andernfalls wäre der Platz für obige Bestimmung unter „Einwilligung und Genehmigung" gewesen. Wesentlich ist der Wille der Parteien. Infolgedessen wird die Verweigerung der Genehmigung bald die völlige Unwirksamkeit der Verfügung zur Folge haben u. z.

auch im Verhältnis zwischen dem Nichtberechtigten und dem Erwerber; bald wird sie das zwischen den Letztgenannten bestehende Verhältnis unberührt lassen. Demnach ist zu unterscheiden, ob die Parteien die Nichtberechtigung des Verfügenden kannten oder nicht.

Kannten sie die Nichtberechtigung, dann erhebt sich die weitere Frage, ob sie die Verfügung wollten abhängig sein lassen von der Genehmigung des Berechtigten und ob mit ihr die Verfügung wirksam oder unwirksam sein sollte; oder aber, ob man darüber einig war, die Genehmigung nachzuholen, aber selbst bei deren Verweigerung das Innenverhältnis zwischen Veräusserer und Erwerber bestehen zu lassen. Angenommen das Letztere oder auch den Fall, dass beide Parteien nichts von der Nichtberechtigung des Verfügenden wussten.

Hier soll sogleich und für immer die Verfügung zwischen den beiden Kontrahenten zu Recht bestehen; denn selbst wenn die Verweigerung der Genehmigung die Verfügung für den Augenblick unwirksam macht, kann sie nachträglich doch noch wirksam werden, z. B. durch Erwerb des Gegenstandes seitens des Nichtberechtigten. Dem Erwerb steht im § 185 die Genehmigung gleich, also kann die Verfügung auch durch eine Genehmigung wirksam werden, die schon einmal versagt war. Die Verweigerung der Genehmigung is also in diesem Falle widerruflich.

Von einer eingehenderen Betrachtung des Falles der Genehmigung können wir deshalb absehen, weil

er für den Vergleich mit den Fällen der excpt. r. v. e. tr. nicht in Betracht kommen wird.

β. Erwerb.

Der zweite Fall des § 185/2° ist der, dass der Nichtberechtigte den Gegenstand erwirbt. Dieser Erwerb kann irgend welcher Art sein. Er kann beruhen auf Singular- oder Universalsuccession; er kann originär oder derivativ sein. Erwirbt der Nichtberechtigte den Gegenstand nur teilweise, so wird die Verfügung wirksam soweit seine Berechtigung, z. B. als Miteigentümer geht. Der Erwerb steht der Genehmigung also gleich. Man kann sich die Sache so zurecht legen, die Parteien hätten für den Fall, dass die Genehmigung nicht erteilt werden würde — natürlich den Fall, wo die Verweigerung die Verfügung völlig unwirksam machen würde, ausgenommen — die Wirksamkeit vom ersten möglichen Zeitpunkt ab gewollt. Wird nun der bisher Nichtberechtigte Eigentümer, so stände es in seiner Macht, die Genehmigung zu erteilen; er brauchte dies jedoch nicht und könnte so entgegen seinem früher gegebenen Wort handeln. Da dies aber gegen Treu und Glauben verstossen würde, so soll der Erwerb selbst die Folge der Genehmigung haben. Weiter kann man sich ja den Fall so denken, als ob mit dem Erwerbe zugleich eine Genehmigung oder besser Bestätigung der Verfügung präsumiert würde.

γ. Erbgang.

Der dritte Fall endlich ist der, dass der Berechtigte den Verfügenden beerbt und für die Nach-

lassverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. In diesem Falle wird das Vermögen des Erblassers und des Erben rechtlich und faktisch eine Masse, also werden auch die Verbindlichkeiten des Erblassers die des Erben.[50] Man braucht also gar kein ethisches Moment zu suchen, wodurch sich diese Bestimmung des § 185 erklären liesse, etwa indem man infolge einer gewissen Pietät die Verfügungen des Erblassers gelten liesse, so, wie man seine letzten Anordnungen befolgt.

Der Erblasser war dem Erwerber gegenüber verpflichtet, alles zu thun, um seine Verfügung vollwirksam zu machen; er hatte gewissermassen eine Schuld gegen den Erwerber. Tritt nun der Erbe die Erbschaft an, so übernimmt er damit auch sämtliche Verpflichtungen seines Erblassers, hier diejenige, dem Erwerber Eigentum zu verschaffen. Das kann er, käme es auf einen persönlichen Akt des Erben an, nur durch Bestätigung der getroffenen Verfügung; man kann sich also auch hier, wo durch Erbgang die Convalescenz eintritt, den Fall so zurecht legen, dass man die Bestätigung seitens des Erben im Augenblick des Erbfalls präsumiert.

Nun kann der Erbe aber die Vereinigung der beiden Vermögensmassen und die daran unter Umständen geknüpften üblen Folgen verhindern und zwar allen Gläubigern des Erblassers gegenüber oder nur gegenüber einzelnen derselben. Gegenüber allen durch Beantragung der Nachlassverwaltung oder bei festgestellter Über-

50) Vgl. Matthiass, Lehrb. d. BR. II S. 472.

schuldung des Nachlasskonkurses. Ausserdem durch Preisgabe der ganzen Erbschaft, wenn eine die Kosten der Verwaltung oder des Konkurses deckende Masse nicht vorhanden ist.

Durch Aufgebot endlich kann der Erbe seine Haftung einzelnen Gläubigern gegenüber beschränken.

Ist eine Beschränkung derart eingetreten, so haftet der Erbe nur mit der Erbmasse, eine Verfügung, die der Erblasser getroffen hat, braucht er also auch nur soweit gelten zu lassen, als sie sich mit Mitteln der Erbmasse realisieren lässt, die Verfügung bleibt also nur insofern wirksam, als sie es vor dem Erbfall geworden ist. Selbstverständlich hört auch das eigentümliche Schwebeverhältnis, welches unter Umständen bei Nichtkennen der Nichtberechtigung z. B. zwischen dem Verfügenden und dem Erwerber bestand, auf; die Verfügung ist eben jetzt völlig unwirksam.

3. Welche Fäile der excpt. r. v. e. tr. fallen unter § 185/1; welche scheiden aus?

Die Fälle des § 185,2 wären damit erledigt und es erhebt sich die Frage, inwieweit decken sie sich mit denen der excpt. r. v. e. tr. oder besser, da § 185 für uns von aktuellerem Interesse ist: Welche Fälle der excpt. r. v. e. tr. lassen sich unter § 185,2 einreihen und welche scheiden aus?

Vorausschicken wollen wir, dass zunächst der Fall des § 185,2, bei welchem die Genehmigung den Grund der Convalescenz bildet, den Kreis unserer

Betrachtung verlässt. Denn es unterliegt keinem Zweifel, dass auch nach römischem Recht ein Rechtsgeschäft, obschon es von einem Nichtberechtigten geschlossen ist, durch die Genehmigung des Berechtigten vollwirksam wird. L. 23 [24] D. 3,5 spricht das ausdrücklich aus. L. 38 § 1 D. 24,1 sagt ferner:

Idem juris erit, si ex tribus fratribus unus uxorem haberet et rem communem uxori donasset; nam ex tertia parte mulieris res facta non est, ex duabus autem partibus reliquis, si id sciissent fratres aut posteaquam donata esset, ratum habuissent, non debere mulierem reddere.

Der Fall handelt also von der Verfügung eines Nichtberechtigten, die durch Ratihabitio der Berechtigten vollwirksam wird. es geht Eigentum über. und damit haben wir die einzige Ausnahme von dem sonst streng durchgeführten Satz — man denke an die regula catoniana im Erbrecht —: quod ab initio vitiosum est, non potest ex postfacto convalescere.

Die Verfügung wird also so behandelt, als ob die Berechtigten sie getroffen hätten, infolgedessen werden auch die Wirkungen auf den Zeitpunkt, in dem die Verfügung getroffen wurde, zurückbezogen werden. Justinian giebt dem in L 25 C. 5,16 noch besonders Ausdruck, er sagt: Sicut et alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt. Es scheidet also dieser, dem betrfd. des § 185/2 ganz gleiche Fall, weil im ersteren von einer exept. r. v. c. tr keine Rede sein kann, aus unserer Betrachtung aus.

Für den Vergleich der Fälle der excpt. r. v. e. tr. mit denen des § 185/2 kommen also nur noch die beiden letzteren: Wirksamwerden der Verfügung durch Erwerb und Erbgang in Betracht.

Der erste festgestellte Fall der excpt. r. v. e. tr. ist der: Ein Nichtberechtigter veräussert einen Gegenstand und erwirbt später das Eigentum; er deckt sich völlig mit dem entsprechenden Thatbestand des § 185/2. Ebenso der Zweite: der Berechtigte beerbt den Verfügenden.

Alle anderen Fälle der excpt. r. v. e. tr. scheiden aus, da es sich bei ihnen nicht um Verfügungen eines Nichtberechtigten handelt. So zunächst nicht bei dem, wo der wirkliche Eigentümer im Auftrage des vermeintlichen veräussert. Für die Beurteilung dieses Falles nach BGB. ist zu unterscheiden, ob der Eigentümer als Beauftragter im eigenen Namen oder im Namen seines Auftraggebers aufgetreten ist. Hat er im eigenen Namen veräussert, so ist Eigentum übergegangen, der Mandatar kann aber den Kauf anfechten wegen Irrtums. Hat er dagegen im Namen seines Mandanten veräussert, so ist die Veräusserung nichtig.

Auch für den Fall, dass der wahre Eigentümer im eigenen Namen veräussert, dabei aber glaubt, fremdes Eigentum zu übertragen, geht Eigentum über, aber wiederum kann der Veräusserer das Rechtsgeschäft wegen Irrtums anfechten.

Die excpt. r. v. e. tr. findet weiter Anwendung in dem Falle, dass Jemand Eigentum unter einer Suspensiv-Bedingung überträgt und nun pendente

conditione vindiciert. Nach BGB. wird dieser Fall durch § 813/2 erledigt, wonach eine Rückforderung ausgeschlossen ist, wenn eine betagte Verbindlichkeit vorzeitig erfüllt wird.

Aus dem bisher Gesagten ergiebt sich schon, dass das römische Recht eine Reihe von Thatbeständen zusammenfassend behandelt, die in Wirklichkeit nichts Anderes mit einander gemein haben, als dass sie gleich schutzbedürftig sind. Die excpt. r. v. e. tr. gewährte den erforderlichen Schutz: infolgedessen schob man ihr viel mehr verschiedene Fälle zu, als das bei einem Paragraphen des BGB überhaupt möglich wäre. In dieser Beziehung geht die excpt. r. v. e. tr. also viel weiter als § 185/2.

Andererseits aber ist der Wirkungskreis des § 185/2, wenn man die Fälle genauer betrachtet, viel umfangreicher als der der excpt. r. v. e. tr. Denn obgleich die letztere nicht auf ihr ursprüngliches Gebiet — Tradition bei Veräusserung — beschränkt blieb und bald auch auf analoge Verhältnisse angewandt wurde, so ging sie doch nie soweit dass sie jede Verfügung ganz allgemein geschützt hätte, wie dies § 185/2 thut.

II. Rechtswirkungen.

1. Der except. r. v. e. tr.

a) War der durch die excpt. r. v. e. tr. Geschützte bonitarischer Eigentümer.

Somit wäre nach Feststellung und Vergleich der Anwendungsfälle der excpt. r. v. e. tr. und des § 185,2 der Boden gewonnen, von dem aus wir die beiderseitigen Rechtswirkungen betrachten können.

Wir beginnen auch hier mit denen der excpt. r. v. e. tr.

Die excpt. r. v. e. tr. ist, wie oben gezeigt, eine exceptio peremtoria, rei cohaerens, in rem, wenn man so sagen dürfte; d. h. sie schliesst für immer eine Geltendmachung des Eigentumsrechtes aus und steht sowohl jedem Rechtsnachfolger des Erwerbers zu, wie sie sich auch gegen jeden Rechtsnachfolger des Eigentümers richtet.

Dem Rechte des letzteren, dem sogenannten dominium ex iure Quiritium stand als einem nudum ius die Berechtigung des Erwerbers gegenüber, die Sache wie eine eigene zu haben oder zu behalten. Da ihm ferner für den Fall des Besitzverlustes eine Klage gegeben war, um diesen wiederzuerlangen, so erhellt daraus, dass der Erwerber thatsächlich die

Stellung eines Eigentümers hatte, und dass ihm gegenüber das quiritische Recht des Eigentümers gleich null, also wirklich ein nudum ius war. Trotzdem bestand aber ein duplex dominium, insofern das Recht des Eigentümers unter Umständen wieder aufleben konnte, z. B. der Erwerber derelinquiert die Sache, ein dritter nimmt sie an sich und der quiritische Eigentümer vindiciert: Offenbar kann er das mit vollem Erfolg.[51]

Es fragt sich daher, welches ist die Stellung des Erwerbers, da er nicht Eigentümer ist, oder, welches sind die Rechtswirkungen, die sich für ihn an den durch die excpt. r. v. e. tr. geschaffenen Schutz knüpfen. Das Nächstliegende ist wohl, zu prüfen, ob er bonitarischer Eigentümer geworden sei. Wir wollen zu dem Zwecke Entstehung und Wesen des „in bonis esse" näher betrachten.

Es gab bis zur Gesetzgebung Justinians zwei Arten des römischen Eigentums: das eigentlich civile dominium ex iure Quiritium und das „in bonis esse", einen eigentümlichen durch den Prätor geschützten und dem civilen Eigentum ähnlichen Zustand. Der letztere entstand dadurch, dass dem Eigentumserwerb ein Fehler anhaftete. Je nachdem dieser Fehler formell- oder materiellrechtlicher Natur war, unterschied man das sogenannte bonitarische Eigentum und die bonae fidei possessio. Volles Eigentum war in beiden Fällen nicht entstanden, aber das Civilrecht gestattete eine Ersitzung und deshalb schützte

51) Vgl. Dernburg, Pand. I S. 509 Anm. 12. Vgl. Leonhard im Jahrb. f. Dogmatik 17 S. 206.

der Prätor das Haben der Sache auch schon vorher, indem er, für das aktive Verteidigungsmittel wenigstens, die vollständige Ersitzung fingierte.

Das bonitarische Eigentum entstand dadurch, dass der Eigentümer eine res mancipi tradierte, statt mancipatio oder in jure cessio vorzunehmen. Dass man bald die Tradition aus Zweckmässigkeitsrücksichten allenthalben den beiden anderen Übertragungsformen vorzog, dass bonitarisches Eigentum infolgedessen überaus häufig vorkam, haben wir oben gesagt.[52]

Der Veräusserer blieb Eigentümer, aber seiner rei vidicatio stand eine exceptio gegenüber, die sie unwirksam machte. Damit haben wir aber noch nicht völlig das, was man unter bonitarischem Eigentum versteht; denn angenommen den Fall, es setzte sich ein Dritter in den Besitz der Sache, so hatte der Erwerber, da ihm als Nichteigentümer die rei vindicatio nicht zustand, kein Mittel, um den Besitz wiederzuerlangen. Ein solches Angriffsmittel musste natürlich der rei vindicatio möglichst ähnlich sein und es fand sich in der actio Publiciana.[53] Von jetzt ab unterschied sich die Stellung des Erwerbers — wenigstens Wiederberechtigten gegenüber — thatsächlich nicht mehr von der des quiritischen Eigentümers. Mit der actio Publiciana entstand das eigentlich bonitarische Eigentum. Gab es bisher nur ein simplex dominium, so unterscheiden wir jetzt

52) Vgl. Dernburg's Pand. I S. 455. Vgl. Pernice, Lebeo II S. 195.

53) Vgl. Dernburg, Pand. I S. 460.

zwei Arten desselben: das quiritische und das bonitarische.

Wir wiederholen: Bonitarisches Eigentum entstand ursprünglich nur da, wo eine res mancipi durch Tradition in den Besitz des Erwerbers überging. Es ist aber naturgemäss, dass der dem bonitarischen Eigentum gewährte Schutz bald aus Billigkeitsrücksichten auch auf andere Verhältnisse Anwendung fand, denen ein ähnlicher Fehler anhaftete wie der Eigentumsübertragung einer res mancipi durch Tradition. Also dann, wenn der Erwerber ebenfalls kein Eigentum erwerben konnte, weil eine andere Ursache, z. B. ein materieller Mangel den Eigentumsübergang hinderte. Wir denken an die bonae fidei possessio.

Der Schutz für bonitarisches Eigentum und bonae fidei possessio war trotz der Verschiedenheit seiner Voraussetzungen völlig gleich, und doch muss man sich hüten, infolgedessen etwa beide Rechtsinstitute als gleichartig zu betrachten. Besonders deutlich trat der Unterschied, der sich ja im gewöhnlichen Geschäftsverkehr wohl kaum fühlbar machte, weil sich keine Rechtsfolgen daran knüpften, erst äusserlich wieder hervor, als Justinian den Unterschied zwischen quiritischem und bonitarischem Eigentume aufhob und wieder ein simplex dominium herstellte, während er die bonae fidei possessio als solche bestehen liess.

Es fragt sich nun: War der durch die excpt. r. v. e. tr. Geschützte im vorjustinianischen Recht bonitarischer Eigentümer und wurde er also durch die lex un. b. 7,25 wirklicher Eigentümer, mit allen Rechtsmitteln eines solchen ausgestattet, oder war

er bonae fidei possessor und blieb es bei dem Schutz durch die except r. v. e. tr. und die actio Publiciana.

Vorab möchten wir den Fall erledigen, dass bei Tradition einer res mancipi in späterer Zeit thatsächlich die excpt. r. v. e. tr. zur Anwendung gekommen wäre. Der Erwerber war hier, wie oben dargethan, wirklich bonitarischer Eigentümer und erhielt also durch die lex un. volles und alleiniges Eigentum. Aber in späterer Zeit wird die blosse Tradition einer res mancipi so gewöhnlich geworden sein, dass eine Vindikation nur auf Grund des den Römern wohl kaum noch bewussten quiritischen Eigentums kaum mehr vorgekommen sein dürfte.

Es handelt sich vielmehr darum, ob bei den anderen Anwendungsfällen der excpt. r. v. e. tr. nicht doch vielleicht bonitarisches Eigentum vorhanden war. Die Ansicht, dass dem thatsächlich so sei, ist mehrfach vertreten worden, besonders von Michelsen[54] und Leonhard,[55] und thatsächlich liegt der Gedanke sehr nahe. Schon aus dem Grunde, dass der durch die excpt. r. v. e. tr. Geschützte doch auch nicht blosser bonae fidei possessor ist, könnte man schliessen, er sei also bonitarischer Eigentümer. Es giebt kaum einen Ausweg. Aber schon ein rein äusserlicher Grund spricht dagegen: Im gemeinen Recht hat die excpt. r. v. e. tr. stets Raum gehabt und das wäre ausgeschlossen, wenn der durch die excpt. r. v. e. tr. Geschützte durch die lex un. Eigentümer geworden

54 Michelsen: De excpt. r. v. e. tr.

55) Leonhard in Jhering's Jahrb. Bd. 17 S. 205 fgd.

wäre. Ausserdem spricht für diese Ansicht, dass noch in den Digesten der excpt. r. v. e. tr. ein ganzer Abschnitt gewidmet ist.

Der Unterschied, der zwischen der Stellung des bonitarischen Eigentümers und der des durch die excpt. r. v. e. tr. Geschützten zu machen ist, beruht auf der verschiedenen Qualität des Auktors.

Hier erwirbt man vom dominus unter Verstoss gegen eine leere Form. Der Dominus will sein Eigentum übertragen, nur ein unbedeutendes Hindernis steht dem entgegen; kein Wunder, dass der Prätor dies beiseite räumte und durch exceptio und actio jenen eigentumsähnlichen Zustand schaffte. Weiter kann man, wie schon oben erwähnt, bald zur Überzeugung, dass ähnliche Verhältnisse, wenn nämlich jemand in gutem Glauben a non domino erwarb, gleich schutzbedürftig seien. Man schaffte diesen Schutz, indem man kurzerhand eine Einrichtung, die man beim bonitarischen Eigentum bereits vorfand und die sich dort bewährte, auch auf das neue Verhältnis anwandte. Aber es ist doch nicht zu verkennen, dass dies ein Notbehelf war, es war eben nichts anderes vorhanden. Dass man daraus aber auf eine innere Gleichheit der beiden geschützten Verhältnisse schliessen sollte, leuchtet nicht ein.

Hier Erwerb vom dominus — da a non domino hier ein rein formelles Hindernis — da das schwerste materielle. Hier bewusstes Handeln, Bewusstsein der Fehlerhaftigkeit, da als Haupterfordernis die bona fides des Erwerbers.

Andererseits finden sich auch wieder Ähnlichkeiten, besonders darin, dass in beiden Fällen durch Ersitzung das volle Eigentum erworben werden konnte. Das findet sich aber z B. auch bei der Besitzeinweisung durch den Prätor, und doch haben die Römer wenigstens die Eigentumszuteilung durch den Präter nicht unter die Fälle des bonitarischen Eigentums gerechnet. Andererseits ist aber die Ersitzungsfähigkeit nur eine Folge des analog angewandten Schutzes, nicht seine Voraussetzung.

Wir können somit wohl die Behauptung aufstellen, dass der durch die excpt. r. v. e. tr. Geschützte niemals bonitarisches Eigentum gehabt hat, dass infolgedessen die lex un. C. 7,25 auch keinen Einfluss auf die Stellung des durch die excpt. r. v. e. tr. Geschützten ausüben konnte.

Auf Grund des Vorhergehenden müssen wir die Rechtslage des durch die excpt. r. v. e. tr. Geschützten dahin charakterisieren: Er war bonae fidei possessor mit erweitertem Rechtsschutz.

b) Wenn nicht, welche Stellung hatte er?

Die possessio, die von einem Nichtberechtigten in gutem Glauben auf Grund eines Titels erworben wurde, schützte der Prätor, obschon weder quiritisches noch bonitarisches Eigentum entstand Der possessor konnte die Sache ersitzen, es stand ihm die excpt. r. v. e. tr. gegen seinen Auktor und jeden Rechts-

nachfolger desselben zu, gegen Minderberechtigte hatte er wegen Besitzentziehung die actio Publiciana. Aber dieser Schutz versagte gegen Gleich- und Besserberechtigte, also vor allen gegen den Eigentümer; seine exceptio dominii würde die actio Publiciana entkräften und eine excpt. r. v. e. tr. gäbe es ihm gegenüber gar nicht.

Aber hier erweiterte sich der gegebene Schutz. In den zu Anfang gegebenen Fällen, vor allem also dann, wenn der Nichteigentümer später Eigentum erwarb, sollte Einrede und Klage auch gegen ihn gegeben sein, so wie sie bisher gegen ihn, da er ja noch nicht besser berechtigt war, bestanden. Der Erwerber wurde also auch durch den späteren Eigentumserwerb seines Auktors nicht bonitarischer Eigentümer sondern er blieb bonae fidei possessor, genoss aber nur erhöhten Schutzes. Seine Stellung wurde jetzt, da niemand ihm die Sache evinrieren konnte und seine actio gegen jeden ging, thatsächlich die eines wirklichen Eigentümers.[56] Alles, was von der Stellung eines quiritischen Eigentums gegenüber dem bnoitarischen bis zur Abschaffung desselben gesagt ist, gilt auch für das Verhältnis zwischen quiritischen Eigentümer und bonae fidei possessor. Auch ihm gegenüber war dessen Recht ein undum, sein eigenes ein plenum. Aber ebenso war auch hier das quiritische Eigentum nicht ganz ohne Wirkungen. Allen Personen, die z. B. die Sache nicht von dem bonae fidei possessor oder einem seiner Rechtsnachfolger als auctores erwarben,

56) Vgl. Windscheid, Pand. I § 199 Anm. 13.

waren ihm gegenüber nicht berechtigt, und ihnen gegenüber drang seine rei vindicatio durch. Dass er dann im Verhältnis zu dem b. f. possessor wieder dessen actio Publiciana unterlag, kommt hier nicht in Betracht.

Ein weiteres Beispiel bringt Leonhard:[57] Der l. f. possessor macht der rei vindicatio des quiritischen Eigentümers gegenüber keinen Gebrauch von der excpt. r. v. e. tr. Da nun der Richter Einreden nur zu beachten hat, wenn sie thatsächlich vorgebracht werden, so verliert dadurch der b. f. possessor dieselbe, und die rei vindicatio dringt durch.

Eigentümlich ist. ferner folgendes: Während jeder Beliebige, bei welchem die notwendigen Voraussetzungen vorhanden waren, der die Sache aber nicht auf Grund eines Titels vom b. f. possessor, sondern sonstwie erworben hatte, die Sache durch Ersitzung zu Eigentum erwerben konnte, war eine Ersitzung seitens des quiritischen Eigentümers ausgeschlossen; da er ja durch die Ersitzung kein besseres Recht erwerben konnte, als er schon hatte: eben das quiritische Eigentum. Da dieses aber dem b. f. possessor gegenüber unwirksam war, so gab es ihm gegenüber auch keine Ersitzung. Der domius ex iure Quiritium war also für diesen Fall schlechter gestellt als jeder beliebige Dritte, der gar kein Recht an der Sache hatte.

Aus den angeführten Beispielen erhellt zur Genüge, dass man auch nach Abschaffung des bonitarischen Eigentums und obgleich die Stellung

57) Jhering's Jahrb. Bd. 17 S. 212.

des b. f. possessors an sich derjenigen des quiritischen Eigentümers völlig gleich wurde, von einem duplex dominium sprechen kann und muss.

Zu diesem Resultat kam das Justinianische Recht. Exceptio und replicatio waren die Mittel um einem berechtigten rechtlichen Interesse Geltung zu verschaffen. Man fragt sich, warum nicht Justinian, der doch sonst nicht manchem als „ludibrium antiquae subtilitatis" gebrochen hat, auch hier Wandel schaffte und durch Einführung der Convalescenz eine ungeheure Vereinfachung der Rechtsverhältnisse herbeiführte. Es ist das um so mehr zu verwundern, als doch einerseits die thatsächlichen Wirkungen der excpt. r. v. e. tr. offenbar den Wirkungen völliger Convalescenz möglichst nahe kommen sollten und andererseits eine solche für einen Teil der Anwendungsfälle der excpt. r. v. e. tr. anerkannt ist.

c) Die excpt. r. v. e. tr. im Gemeinen Recht.

Auch im gemeinen Recht trat keine Änderung ein. Die excpt. r. v. e. tr. hielt sich bis in die modernste Zeit und fand besonders Anwendung im Grundstücksverkehr. Freilich bedeutet ihre Anwendung hier einen gewaltigen Rückschritt, einen Rückschritt, der sich nur durch die grosse Sorgfalt erklären lässt, die der Gesetzgeber beim Verkehr mit Immobilien angewendet wissen will.

Ich denke dabei an den Fall, dass jemand ein Grundstück verkauft,[58] aber keine Auflassung vornimmt. Der Kaufvertrag soll völlig gültig sein Eigentum ist nicht übergegangen, da ein Haupterfordernis, die Auflassung fehlt. Es liegt also ein rein formeller Mangel vor, da ja der wahre Eigentümer sein Eigentum hat übertragen wollen. Nun veräussert er dasselbe Grundstück zum zweiten male: Ihm gegenüber und gegenüber dem zweiten Erwerber hat der erste die excpt. r. v. e. tr. Aber sie steht ihm nicht zu als b. f. possessor sondern als bonitarischem Eigentümer; das bonitarische Eigentum, welches schon Justinian als „ludibrium antiquae subtilitatis" beseitigte, lebt also wieder auf. Anders kann nämlich das natürliche Eigentum der Motive zum sächsischen Gesetz von 1843 nicht verstanden werden; es kann sich nur um den durch excpt. r. v. e. tr. geschützten Zustand handeln, der eine Folge der blossen Tradition ist. Zu bemerken ist noch, dass die hier zur Anwendung kommende exceptio thatsächlich die excpt. r. v. e. tr. des römischen Rechtes ist, obschon sie nicht so dinglich wirkt wie diese.

Angenommen nämlich den Fall, der Auktor veräussert nach der ersten Veräusserung zum zweitenmale; tradiert jetzt aber nicht bloss, sondern nimmt thatsächlich Auflassung vor. In diesem Falle geht die exceptio nicht gegen den zweiten Erwerber, wirkt also nicht dinglich; aber es ist das nur

58) Für das BGB. regelt sich der Fall dadurch, dass für den Vertrag, durch welchen sich jemand verpflichtet ein Grundstück zu veräussern, notarielle Beurkundung vorgeschrieben ist.

deshalb der Fall, weil sonst der ganze Zweck des Grundbuches hinfällig würde. Es streitet hier eben eine römisch-rechtliche Einrichtung mit einer deutsch-rechtlichen, und letztere prävaliert; erstere kommt nur insoweit zur Anwendung, als letztere es zulässt.

Ein weiteres Beispiel für die Anwendbarkeit und thatsächliche Anwendung der excpt. r. v. e. tr. im gemeinen Recht giebt Seuffert's Archiv XIV n. 237. Es liegt ein Urteil des Tribunals von Celle vor, darüber, ob ein Ehemann nach L 1 § 5 D. 21,3 einen veräusserten fundus dotalis zurückvindizieren könne. Es heisst dort in den Entscheidungsgründen; „der Mann würde bei Ausübung des Vindikations-„rechtes in rechtlich unzulässiger Weise seine eigenen „Handlungen anfechten. Andererseits: Erst nach „Auflösung der Ehe könne die Ungültigkeit des Ge-„schäftes dem Ehemann gegenüber definitiv und voll-„wirksam bestimmt werden."

Es handelt sich hier offenbar um den Fall, dass durch eine Veräusserung Eigentum nicht übergegangen ist, dass aber der Veräusserer trotzdem nicht vindizieren kann, mit anderen Worten: Einen Anwendungsfall der excpt. r. v. e. tr.

Es heisst dann in den Entscheidungsgründen weiter: „Diese Ansicht entspricht auch den in der „Praxis regelmässig befolgten Grundsätzen, ins-„besondere denjenigen, welche das oberste Tribunal „seither in Bezug auf die Zulässigkeit der Anfechtung „von zum Vorteil bestimmter Personen gesetzlich „für ungültig erklärten Geschäften in ähnlichen Fällen „wie der vorliegende angeordnet hat".

Aus den angeführten Beispielen geht hervor, dass die excpt. r. v. e. tr. im gemeinen Recht noch allgemein zur Anwendung kam, dass sie ein lebensfähiges Institut war; lästig zwar aber notwendig, da man sich nicht dazu aufraffen konnte, etwas Besseres, Einfacheres an ihre Stelle zu setzen.

Erst die neuere Zeit brachte eingreifende Reformen. Das allgemeine preussische Landrecht setzte zuerst an Stelle des Schutzes durch excpt. r. v. e. tr. das Prinzip völliger Convaleszenz und zwar für die drei Fälle der Verfügung eines Nichtberechtigten über einen Gegenstand bei Genehmigung, Erwerb desselben durch den Nichtberechtigten und Beerbung des Verfügenden durch den Berechtigten. Aber auch das preussische Landrecht beschränkte diese Reform, indem es unter Verfügung nur die Eigentumsübertragung und Pfandung verstanden wissen wollte. Auch der code civil übrigens brach mit dem Prinzip des Schutzes durch excpt. r. v. e. tr. Das BGB. endlich that den letzten Schritt, indem es die Convaleszenz in den oben genannten Fällen für alle Verfügungen aussprach.[59]

2. Die Rechtswirkungen des § 185/2.

a) Welches wird die Stellung des Erwerbers?

Übergehend zu den Wirkungen des § 185/2 wiederholen wir nochmals, dass es sich um Ver-

59) Vgl. Dernburg, Pand. I S. 508.

fügungen in dem oben festgestellten Sinne handelt, dass also niemals ein obligatorisches Geschäft in Betracht kommen kann. Liegt ein solches überhaupt zwischen dem Verfügenden und dem Erwerber vor, so hängt seine Gültigkeit lediglich von der Beobachtung der für dasselbe im Gesetzbuch gegebenen Regeln ab.

Weiter fragt es sich, was heisst „wirksam werden", mit anderen Worten, welches wird die Stellung des Erwerbers in den angeführten Fällen.

Schon das Wort „wirksam" werden, setzt voraus, dass vorher etwas bestanden haben muss, was durch den Eintritt einer der drei Bedingungen volle Geltung erlangt. Es besteht jedenfalls ein Recht des Erwerbers dem Verfügenden gegenüber, den Gegenstand der Verfügung, d. h. das Eigentum daran unter gewissen Umständen zu erwerben. Tritt thatsächlich einer derselben ein, so erlangt nur das, was schon früher bestand, volle Wirksamkeit: denn es ist einleuchtend, dass eine Genehmigung, Erwerb eines Gegenstandes und Beerbung alleine nicht genügen können, Rechte eines Dritten, der zu dem Gegenstand in gar keinem Verhältnis steht, zu bebegründen. Das Schwebeverhältnis ist ähnlich demjenigen des Rechtsgeschäfts, welches der Minderjährige ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters schliesst. Kommt die Zustimmung in Form der Genehmigung hinzu, so treten die Folgen des schon bestehenden Verhältnisses ein. Ein Unterschied zwischen dem Schwebezustand unseres Falles und dem ebengenannten besteht allerdings. Z. B.

das Recht des einen Kontrahenten, den gesetzlichen Vertreter um eine Erklärung zu ersuchen, ob er zustimmen wolle oder nicht, und ob das Rechtsverhälnis wirksam werden oder völlig fortfallen solle.[60]

Etswas derartiges giebt es wenigstens im Zweifel in unserem Falle nicht.[61] Ist allerdings die Verfügung getroffen unter der Bedingung, dass der Berechtigte sie nachträglich genehmigt, und verweigert der Berechtigte die Genehmigung auf thatsächliches Ersuchen des Erwerbers oder des Veräusserers, so fällt damit die ganze Verfügung fort. Tritt jetzt selbst einer der beiden anderen Fälle ein — Erwerb oder Erbgang — so wird die Verfügung doch nicht wirksam, kann es nicht werden, da sie durch den Nichteintritt der Bedingung schon unwirksam geworden ist und weil damit das Schwebeverhältnis aufgehört hat zu existieren. Wird aber die Genehmigung z. B. nicht nachgeholt, obschon es ausgemacht war, oder wüsste beim Treffen der Verfügung keiner der beiden Kotrahenten, dass das Recht an dem Gegenstand einem Dritten zustehe, so besteht der Schwebezustand im ersten Falle solange, als die Genehmigung nicht verweigert ist; im zweiten Falle besteht er fort, selbst wenn nachträglich bei Kenntnisnahme des Sachverhaltes der Berechtigte die Genehmigung versagte. Denn die Parteien wollten ja gebunden sein, ganz abgesehen von einer Genehmigung; und es ist hier immer noch die Möglichkeit gegeben, dass durch

60) Vgl. Matthiass, a. a. O. S. 222,
61) Vgl. Planck, a. a. O. S. 239.

Erwerb und Erbgang volle Wirksamkeit der Verfügung eintritt. Erst wenn diese beiden Möglichkeiten ausgeschlossen sind, also wenn der Nichtberechtigte stirbt, ohne den Gegenstand erworben zu haben, oder wenn er von einem anderen als dem Berechtigten beerbt wird, hört der Schwebezustand auf. Es ist dies, wie des Näheren oben gezeigt, der Fall, wo auch die Verweigerung der Genehmigung widerruflich ist, da sie ja gar keine rechtlichen Folgen — Vernichtung des Schwebezustandes — gehabt hat.

Wir fassen dahin zusammen: Durch Genehmigung, Erwerb und Erbgang wird der Anspruch des Erwerbers gegen den Verfügenden auf Übertragung des Eigentumes an dem Gegenstande realisiert: das Eigentum geht über.

b) Es sind mehrere Verfügungen getroffen; welche wird wirksam?

Es fragt sich weiter, welche Verfügung wirksam wird, wenn mehrere solche über denselben Gegenstand getroffen sind, bevor Konvaleszenz eingetreten ist.

I. Bei Genehmigung.

Der Fall der Konvaleszenz durch Genehmigung scheidet hier aus; denn es steht dem Berechtigten völlig frei, irgend eine der getroffenen Verfügungen zu genehmigen. Aber es ist auch denkbar, dass der Berechtigte alle Verfügungen genehmigte, oder dass

er — ohne Kenntnis vom Vorhandensein mehrerer Verfügungen — dem Nichtberechtigten einfach erklärt, er genehmige, ohne also näher zu bezeichnen, welche der getroffenen Verfügungen. In diesem Falle wird die sonst nur für die Konvaleszenz durch Erwerb und Erbgang gegebene Bestimmung des § 185/2 eintreten, dass nur die frühere Verfügung wirksam wird. Denn wenn die Genehmigung nicht im Hinblick auf eine bestimmte Verfügung gegeben wird, was wohl meistens der Fall ist, wenn also das subjektive Moment, welches in ihr enthalten ist, wegfällt, dann steht sie den objektiven Thatsachen des Erwerbes und Erbganges völlig gleich, und die für diese gegebenen Regeln finden auf sie analoge Anwendung.

2. Bei Erwerb und Beerbung.

Für den Fall der Konvaleszenz durch Erwerb und Erbgang bestimmt nämlich der § 185/2: „In „diesen Fällen wird, wenn über den Gegenstand „mehrere miteinander nicht im Einklang stehende „Verfügungen getroffen sind, nur die früheren „wirksam."

Es können also nach dem Wortlaut der Bestimmung mehrere Verfügungen getroffen sein, die im Einklang miteinander stehen und solche, bei denen dies nicht der Fall ist. Je nachdem haben wir eine verschiedene Behandlung.

Z. B.: A verkauft die Sache des B an E_1, dieser schenkt sie dem E_2. A war nicht berechtigt, also

wird es auch E_1 nicht und er ist das dem E_2 gegenüber ebensowenig, wie A gegenüber dem E_1. Demnach ist auch die Schenkung an E_2 unwirksam. Nun wird A von B beerbt. Damit wird die Veräusserung des A an E_1 vollwirksam. E_1 wird vollberechtigt und infolgedessen muss er auch seine Verfügung an E_2 gelten lassen. Man kann diese Kette beliebig verlängern. Berechtigt wurde keiner der Erwerber, da dem ersten Verfügenden die Berechtigung fehlte. Aber in dem Augenblick, wo dieser Mangel geheilt wird, geht die Berechtigung auf den zweiten Erwerber über, von dem, da ihm gegenüber die Anwartschaft seines Nachmannes zu Recht besteht, auf den Dritten u. s. w., sodass also endlich bei mehreren Verfügungen, die mit einander im Einklang stehen, d. h. wo jeder Erwerber seine Berechtigung von einem Vormanne ableitet, die letzte Verfügung wirksam wird.

Stehen aber die Verfügungen nicht im Einklang mit einander, besteht also gar keine Beziehung zwischen den verschiedenen Erwerbern, dann soll nur die erste Verfügung wirksam werden. Z. B. A veräussert die Sache des B an E_1 und zwar ersetzt man die Übergabe durch constitutum possessorium. Jetzt verschenkt A als unmittelbarer Besitzer die Sache an E_2 und B. beerbt den A. Durch den Erbgang wird die Verfügung dem E_1 gegenüber gültig. E_1 wird Eigentümer und damit ist das Recht an dem Gegenstande erschöpft. Der Schwebezustand, der für die Berechtigung des E_2 bestanden hatte, hört auf und E_2 steht in gar keiner Beziehung mehr

zu dem Gegenstand. Da auch E_1 dem E_2 gegenüber keine Verpflichtung hat, so geht der Anspruch des E_2 auf den Gegenstand endgültig unter. Daraus erklärt sich die Bestimmung des § 185/2, dass von mehreren nicht mit einander im Einklang stehenden Verfügungen nur die frühere wirksam wird.

c. Wird die Verfügung wirksam ex tunc oder ex nunc?

Endlich bleibt noch die Frage offen, von welchem Zeitpunkt an die Wirksamkeit der Verfügung datieren soll; ob also der Eintritt einer der Konvaleszenzgründe Wirksamkeit ex tunc oder ex nunc herbeiführt.[62]

1. Bei Genehmigung.

Es ist auch hierbei wieder die Wirkung der Genehmigung getrennt zu untersuchen von der des Erwerbes und Erbganges.

Dadurch, dass der Berechtigte zu der Verfügung des Nichtberechtigten seine Genehmigung giebt, giebt er zu erkennen, dass er die Verfügung betrachten will, als ob er sie selbst vorgenommen hätte, oder als ob sie der Nichtberechtigte mit seiner Vollmacht vollzogen hätte. Es liegt ihm also etwas an dem Schon-zu-Recht-Bestehen der Verfügung. Er will, dass sie schon im Augenblick wo sie geschah volle Wirksamkeit haben soll, nicht erst von jetzt

62) S. Matthiass. Lehrb d. BR. S. 253.

ab. Wollte er das letztere, dann wäre es ja bedeutend einfacher, wenn er jetzt selbst die Verfügung träfe; dann würde durch seine Verfügung der oben charakterisierte Schwebezustand beseitigt; die Wirkungen datierten natürlich von diesem Augenbick ab. Thut er das aber nicht, sondern genehmigt er die schon lange, wenn auch nicht ihm gegenüber zu Recht bestehende Verfügung, so giebt er damit kund, dass die Wirkungen so sein sollten, als ob er damals selbst verfügt hätte, oder als ob die Verfügung mit seiner Einwilligung geschehen sei. Infolgedessen sagt auch § 184/1: „Die nachträgliche Zustimmung „(Genehmigung) wirkt auf den Zeitpunkt der Vor„nahme des Rechtsgeschäfts zurück, — soweit nicht „ein anderes bestimmt ist."

Es lässt sich nun der Fall denken, dass der Berechtigte nach der Verfügung des Nichtberechtigten ebenfalls über den Gegenstand verfügt hat; z. B. er hat den Gegenstand, angenommen er war eine Sache, vermietet und jetzt erst genehmigt er eine Veräusserung des Nichtberechtigten. Die Genehmigung hat rückwirkende Kraft, der Erwerber wird also angesehen, als ob er das Eigentum im Augenblick der Verfügung erhalten hätte. Demnach wäre, da die Vermietung ohne seine Einwilligung erfolgt ist, diese ihm gegenüber unwirksam. Das verstiesse aber gegen Treu und Glauben.

Die Motive sagen hierüber: „Die Rückwirkung „findet ihre Schranken in dem Rechte, welche Dritte „vor der Genehmigung durch Verfügung des Ge„nehmigenden an dem Gegenstand des Rechtsgeschäfts

„erworben haben. Abgesehen von sonstigen, der „Beschaffenheit des einzelnen Falls zu entnehmenden „Gründen ist hierfür schon die Erwägung ausschlag„gebend, dass es weder billig noch gerecht wäre, „dem Genehmigenden die Macht einzuräumen den „von ihm in der Zwischenzeit hinsichtlich des be„treffenden Gegenstands gültig getroffenen Ver„fügungen die Wirksamkeit wieder zu entziehen."[63]

Der Berechtigte selbst ist also an seine eigene Verfügung gebunden, und soweit diese entgegensteht ist eben sein Recht zur Genehmigung beschränkt.

Infolgedessen bestimmt § 184/2: „Durch die Rück„wirkung werden Verfügungen nicht unwirksam, die „vor der Genehmigung über den Gegenstand des Rechts„geschäfts von dem Genehmigenden getroffen worden „oder im Wege der Zwangsvollstreckung . . . . . „erfolgt sind".

2. Bei Erwerb und Beerbung.

Bei der Frage nach der Rückwirkung bei der Convalescenz durch Erwerb und Erbgang, müssen wir wiederum in Betracht ziehen, dass sie sich wesentlich von der Genehmigung unterscheiden.

Das subjektive Willenselement, welches in der Genehmigung strekt, und welches, wie oben gesehen, weitgehende Wirkungen ausübt, fehlt bei Erbgang und Erwerb völlig. Wenn bei der Genehmigung ein, wenn auch präsumierter Wille des Genehmigenden es ist, welcher die Rückwirkung verursacht, so kann

63) Motive I S. 247.

bei der Convalescenz durch Erbgang und Erwerb von einem solchen wenigstens aus den oben angeführten Gründen keine Rede sein. Es müssten dann schon andere Umstände, z. B. eine ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes den beiden Thatsachen eine derartige Wirkung beilegen. Das ist aber nicht der Fall. Während für die Genehmigung die Rückwirkung ausdrücklich ausgesprochen ist, obschon es hier kaum nötig gewesen wäre, ist von einer solchen bei Convalescenz durch Erwerb und Erbgang nichts gesagt. Daraus folgt, dass Erwerb und Erbgang keine rückwirkende Kraft haben, dass die Verfügung vielmehr so angesehen werden soll, als ob sie erst im Augenblick des Eintrittes der beiden Convalescenzgründe von dem nunmehr Berechtigten resp. Verpflichteten vollzogen worden wäre.

C. Schluss.

Wenn man zum Schlusse alles vorher Gesagte zusammenfassend betrachtet, kann man nicht umhin, zuzugeben, dass es unser Gesetzgeber verstanden hat, die immerhin verworrenen und dem modernen Empfinden fernliegenden Zustände, welche durch die exceptio rei venditae et traditae geschaffen wurden, durch § 185 Abs. 2 in einfachster und gerechtester Weise zu lösen.

Litteraturverzeichnis.

1. Archiv für zivilistische Praxis. Tübingen 1879, 1880.
2. Becker, Jahrbücher, Bd. VI. Leipzig 1863.
3. Buchholtz, Versuche über einzelne Teile der Theorie des heut. röm. Rechts, Berlin 1831.
4. Cosack, B. R. I, 2. Aufl., Jena 1899.
5. Crome, System des Bürgerl. Rechts, I. Tübingen 1900.
6. Dernburg, Pandekten I. 5. Aufl. Berlin 1900.
7. Dilthey, Vergleich der Wirkungen der gemeinrechtl. excpt. r. v. e. tr. mit § 185 Abs. 2 BGB. Erlangen 1901.
8. Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, Bd. I. 1. (8. Aufl.) Bd. II 1. (6. Aufl.) Berlin 1901 u. 1900.
9. Gareis, Kommentar des BGB.
10. Gesterding, Lehre vom Eigentum. Greifswald 1897.
11. Glück, Pandekten XX. Erlangen 1819.
12. Hellwig, Anspruchs- und Klagerecht. Jena 1896.
13. Hölder, Kommentar z. allgem. Teil des BGB. München 1900.
14. Hupka, Vollmacht. Leipzig 1900.
15. Jhering, Geist des röm. Rechts II 1, III 1. 3. Aufl. Leipzig 1874 u. 77.

16. Jhering, Jahrbücher für Dogmatik Bd. 1, 2, 17, 27. Jena 1837, 58, 79, 89.
17. Isay, Geschäftsführung nach BGB. Jena 1900.
18. Junker, Genehmigung. Erlangen 1899.
19. Kohler, Abhandlungen. Mannheim 1883.
20. Krüger J., Beitrag zur Lehre v. d. excpt. doli I Halle 1892.
21. Krüger P., Kritische Versuche. Berlin 1870.
22. Kuhlenbeck, Pandekten. Berlin 1898.
23. Leonhard, Allgem. T. d. BGB. Berlin 1900.
24. Leonhard, Irrtum bei nichtigen Verträgen. Berlin 1883.
25. Leske, BGB. I. Berlin 1899.
26. Linde, Zeitschrift f. C. R. N. T. XXII. Giessen 1865.
27. Maas, Bibliographie d. Bürgerl. R. in Kohlers Archiv für Bügerl. R. Bd. 16, 18, 19, 20. Berlin 1899, 1900, 1901, 1902,
28. Maiweg, Einwilligung. Erlangen 1898.
29. Matthiass, Lehrbuch d. Bürgerl. Rechts I. 3. Aufl. u. II. Berlin 1900.
30. Michelsen, de excpt. r. v. e. tr. Berlin 1824.
31. Motive z. d. Entwurf eines BGB. Berlin und Leipzig 1888.
32. Pagenstecher, Eigentum II, III. Heidelberg 1857.
33. Papendieck, Eigentumserwerb. Erlangen 1897.
34. Pernice, Marc. Antistins Caber I. und II. Halle 1873.
35. Plank, BGB. (2.Aufl.) Berlin 1888.

36. Protokolle d. Kommission f. d. II. Lesung des Entwurfs des BGB. I. Berlin 1897.
37. Rehbein, das BGB. I. Berlin 1899.
38. Rentrop, Irrtum bei Eigentumstradition. Erlangen 1897.
39. Schmid, Handbuch des gem. deutsch. Privatrechts I. Leipzig 1847.
40. Rütsch, Einrede der verkauften und tradierten Sache. Würzburg 1848.
41. Savigny, Zeitschrift VIII.
42. Scherer, BGB. allgem. Teil. Erlangen 1898.
43. Scheurl, Beiträge zum römischen Recht.
44. Staudinger, Kommentar zum BGB. 1898.
45. Schlossmann, die Lehre von der Stellvertretuug I und II. Leipzig 1900.
46. Schultz, die Konvaleszenz im BGB. Erlangen 1899.
47. Sintenis, C. R. (2. Aufl.) Leipzig 1860.
48. Voigt, Jus naturale IV. Leipzig 1858.
49. Vangerow, Pandekten I. (7. Aufl.) Marburg 1863.
50. Wetzell, Vindikationsprozess. Leipzig 1845.
51. Weyl, Vorträge I. München 1898.
52. Wiebeking, Pandekten I, II. (8. Aufl.) Frankfurt 1900.
53. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. 1879.
54. Zitelmann, Das Recht des BGB. I. 1900.